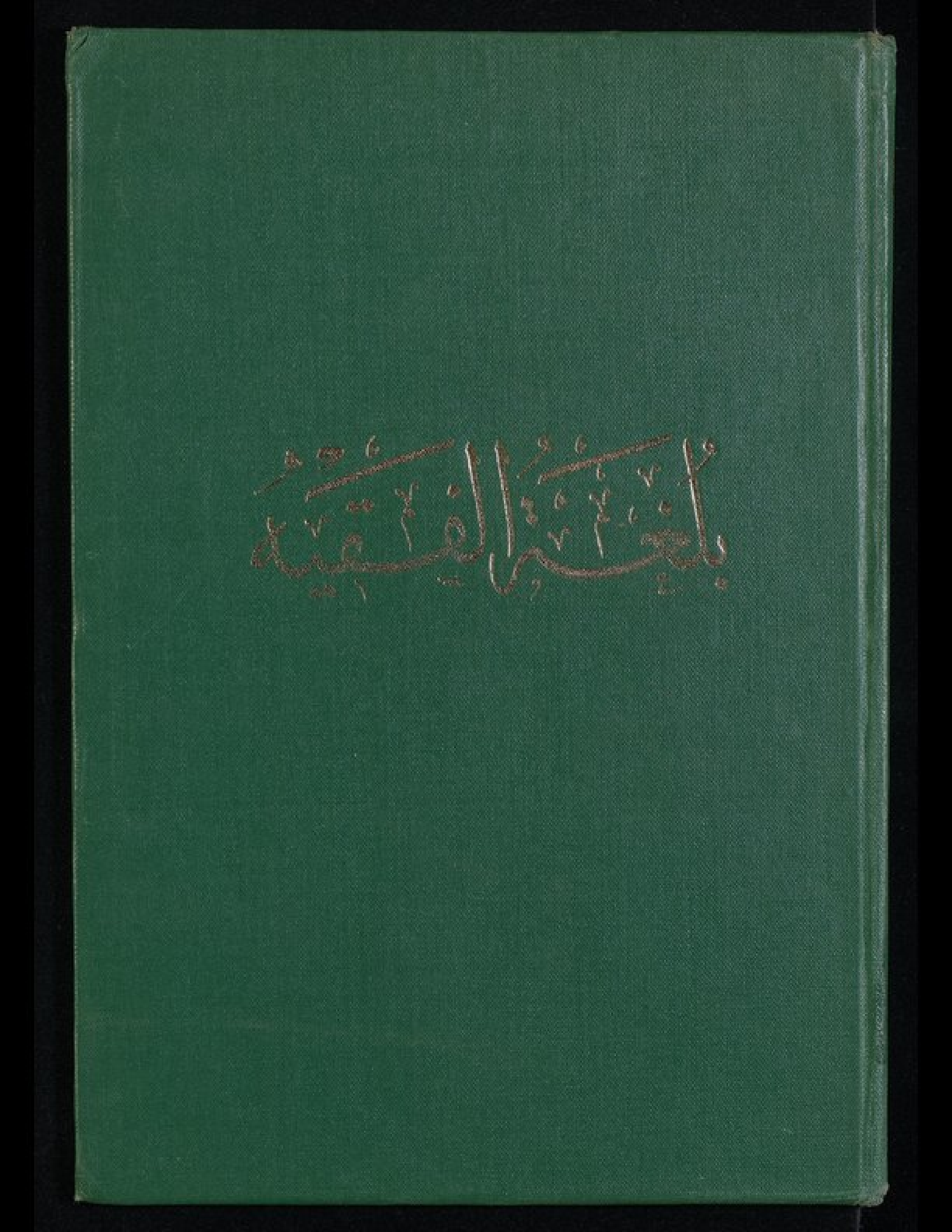
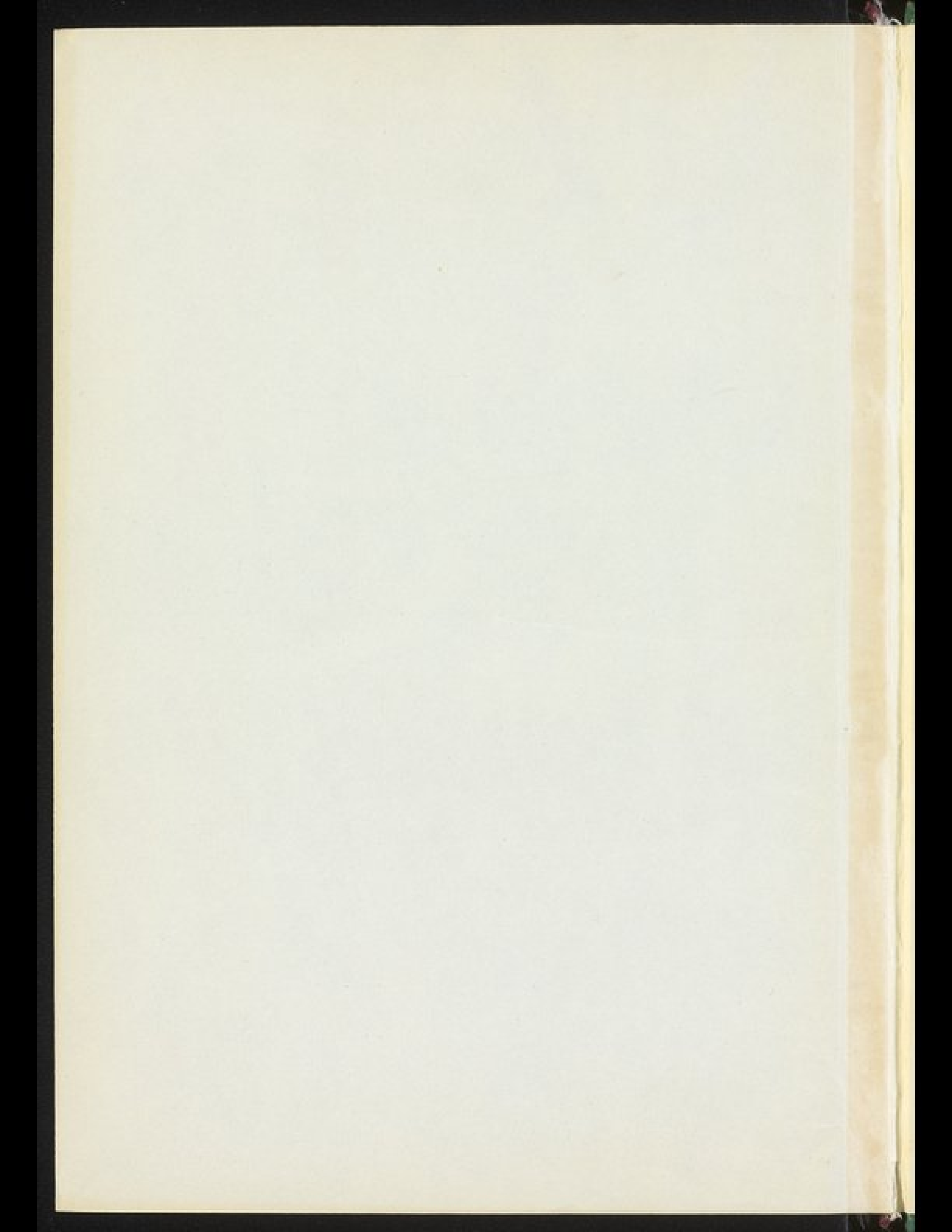
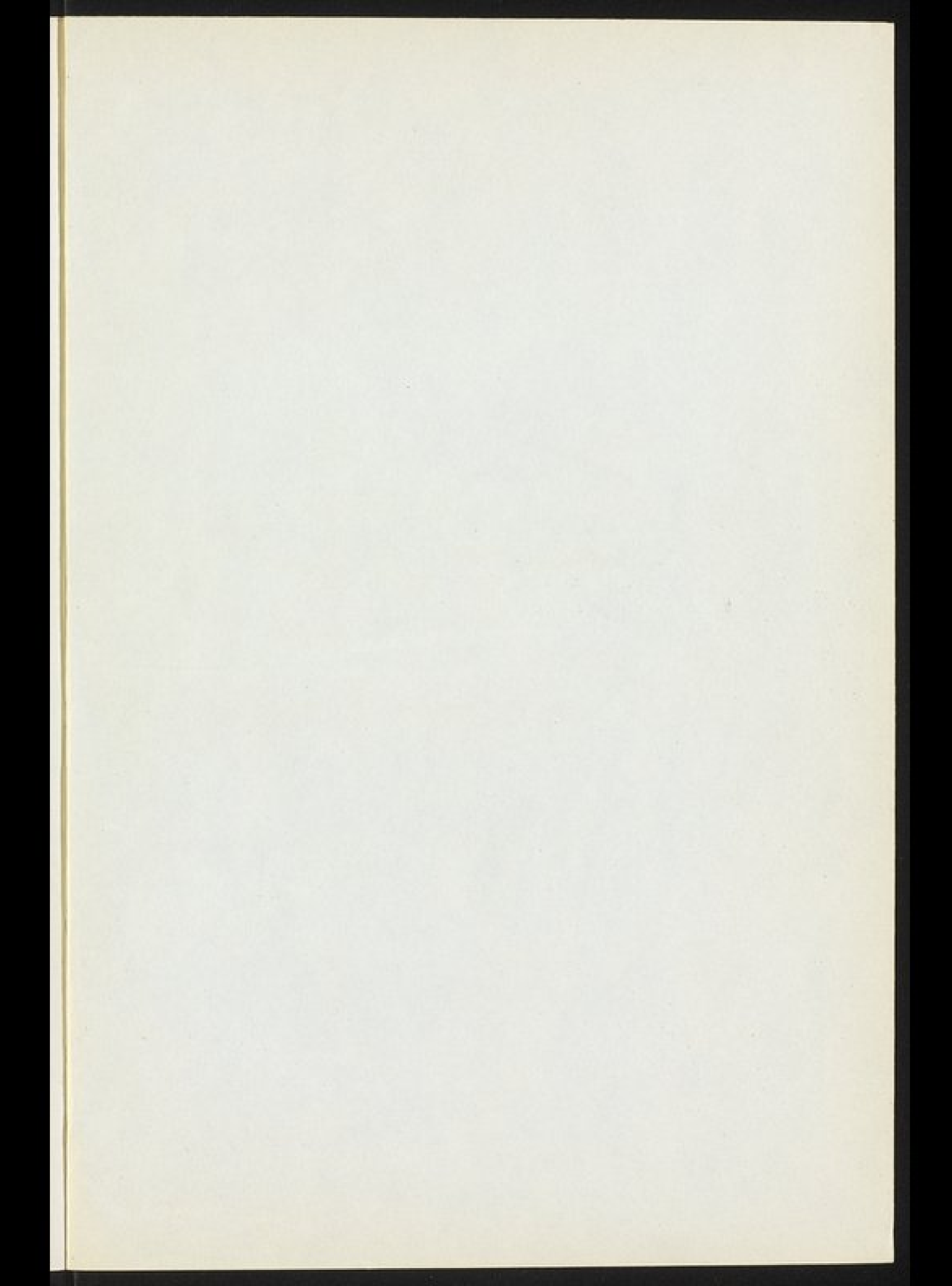

بلغة الفقيه





مكتبة العلمين العامة
بالنجف الأشرف
٩

بلغة الفقيه

مجموعة بحوث ورسائل وقواعد فقهية لامعة تسد ضرورة الفراغ في التشريع الاسلامي والفقه الأستدلالي لا غنى للفقيه والقانوني عن معرفتها؛

تصنيف

الحجة المحقق السيد محمد آل بحر العلوم - قدس سره -

شرح وتعليق

الفقيه الورع السيد محمد تقي آل بحر العلوم - دام ظله -

الجزء الأول

الطبعة الثالثة

١٣٨٨ هـ / ١٩٦٨ م

مطبعة الآداب في النجف الأشرف

بسم الله الرحمن الرحيم

والصلاة والسلام على أشرف الانبياء والمرسلين محمد وآله الطاهرين

لقد نوهنا ـ عدة مرات في عامة منشورات (مكتبتنا العامة) عن الاهداف الباعثة على تأسيسها : من نشر الثقافة العامة في المجتمع ، وتشجيع المؤلفين والكتاب ، وتحقيق وتأليف الكتب الاسلامية ـ على اختلاف بحوثها - وتركيز التوعية الفكرية باعطاء الكتاب الاسلامي مكانته اللائقة به من حيث أناقة الاخراج وروعة التبويب ودقة التحقيق والتعليق ، وإيصاله إلى أبعد الحدود من أنحاء العالم المتحضر بالتوزيع والاهـداء ، حتى لقـد ناهز سجل إهداء (المكتبة) ـ الى حين التاريخ ـ (العشرة الآف كتاب) من منشوراتها وغير منشوراتها ـ .

وواصلت (مكتبتنا) سيرها الفكري الإسلامي ـ قدماً ـ منذ تاريخ تأسيسها حتى الآن ـ : ففي سنة (١٣٨٣ أي في سنة تأسيسها) كانت باكورة مطبوعاتها : كتاب (تلخيص الشافي ـ في الامامـة) تأليف شيخ الطائفة أبي جعفر الطوسي ـ قدس سره ـ تقديم وتعليق سماحة العلامة الجليل السيد حسين بحر العلوم ، تم طبعه في أربعة مجلدات .

وفي سنة (١٣٨٥) ظهر المجهود الثاني للمكتبة ، وهو كتاب (رجال السيد بحر العلوم ـ المعروف بالفوائد الرجالية) الموسوعة الضخمة في علم الرجال والحديث والدراية والتراجم ، تأليف سيد الطائفة وصاحب الكرامات الباهرة السيد محمد المهدي بحر العلوم ـ قدس سره ـ أشرف على إخراجه والتعليق عليه كلٌ من العلمين : الحجة الثبت السيد محمد صادق بحر العلوم ، والعلامة المفضال السيد حسين بحر العلوم ، فتم طبعه ـ بأروع إخراج ـ في أربعـة مجلدات ضخام ، مفعماً بالشروح والتعليقات القيمة .

وفي مطلع هذا العام المبارك - ١٣٨٨ هـ - : نقدم الى روّاد الفقه وعلماء القانون والتشريع الاسلامي : الكتاب القيم والمجموع الضخم من الرسائل والبحوث الفقهية التي عالجت مهات ابواب الفقه التي قلّ أن يتطرق اليها الفقهاء في موسوعاتهم الفقهية . وهو كتاب (بلغة الفقيه) تصنيف الحجة المحقق والعالم المدقق السيد محمد ابن السيد محمد تقي ابن السيد رضا ابن السيد بحر العلوم - تغمدهم الله برضوانه - وشرح وتعليق آية الله الفقيه الورع السيد محمد تقي آل بحر العلوم - دام ظله -

ولنقف وقفة بسيطة بين يدي الكتاب ، ومصنفه ، وشارحه :

(كتاب بلغة الفقيه) : عرض وتحقيق وغور في مجموعة رسائل فقهية وبحوث علمية دقيقة ، كان يلقيها بشكل أمالي يومية على تلامذته ، فجمعها في حياته - بعد أن كف بصره - فكانت هذا المجموع القيم والتراث النادر

ومجموعة الرسائل التي احتواها الكتاب هي : الفرق بين الحق والحكم وقاعدة مايضمن بصحيحه يضمن بفاسده ، والقبض وحقيقته ، وقاعدة تلف المبيع قبل قبضه ، والاراضي الخراجية ، وأخذ الاجرة على الواجبات وبيع المعاطاة ، وبيع الفضولي ومسألة الضمان ، ومنجزات المريض ، وحرمان الزوجة من بعض الميراث ، والرضاع ، والولايات ، وقاعدة اليد وفروعها وبعض أحكام الدعاوى ، والقرض ، والوصية ، والمواريث ...

طبع الكتاب - أولاً - في تبريز سنة ١٣٢٥ في حياة مصنفه،طبعة غير خالية من الأغلاط بالقطع الصغير .

وطبع - ثانياً - سنة ١٣٢٩ بعد وفاته في طهران - بالقطع الحجري المتوسط في مجلد ضخم تقارب صفحاته (٥٠٠ صفحة) . ولاتخلو من الاغلاط ايضا - .

وحين رأينا ندرة وجوده وكثرة الطلب عليه ، وضرورة ابراز الكتاب على واقعه الدقيق المصحح ، وبحلة قشيبة من حيث الاخراج والتبويب

والتعليق - كما يقتضيه عُرف اليوم - :

صممنا - بعون الله - على اعادة طبعه ، فلم نالو جهداً في تصحيحه وعرضه على عامة نسخه المخطوطة والمطبوعة - الموجودة تحت أيدينا - . واكثر اعتمادنا في تصحيحه ومقابلته على النسخة المصححة على نسخة المصنف وعليها تعليقات المصنف - نفسه - أدرجناها تحت الهامش بعلامة هكذا (*)

وتوجد النسخة في مكتبة الحجة الثبت المحقق السيد محمد صادق بحر العلوم - دام تأييده -

وتكملة للفائدة وتوسعة في الأفق العلمي ، عرضنا ملازم الكتاب - قبل إرسالها الى المطبعة - على سماحة آية الله الفقيه الورع السيد محمد تقي آل بحر العلوم - دام ظله - فكان يقف عند كل رسالة رسالة وقفة المتأمل فيعلق على مايحتاج الى التعليق ، ويترك الآخر ، حتى اذا جهز مايكفي الى الجزء الأول قدمناه الى المطبعة ، مستعينين بالله تعالى - في إكمال الأجزاء الأخر .

مصنف الكتاب - باقتضاب من مقدمة رجال السيد بحر العلوم - :

هو السيد محمد ابن السيد محمد تقي ابن السيد رضا ابن السيد محمد المهدي بحر العلوم - قدس الله أسرارهم - وينتهي نسبه الشريف - بثلاثين واسطة - الى الامام الحسن بن علي بن أبي طالب عليهم السلام - حسبما تستعرضه الشجرة المباركة لأسرة آل بحر العلوم المثبتة بخط زعيم الاسرة وسيد الطائفة السيد بحر العلوم - قدس سره -

ولد - رحمه الله - في النجف الأشرف ليلة الأحد ٢٤ محرم الحرام سنة ١٢٦١ هـ ، ونشأ على أبيه (التقي) نشأة علم وشرف وكرامة ، وكان آية في الذكاء ، ووقدة في الذهنية .

تلمذ - في ريعان شبابه - في الفقه والأصول على الحجج الاعلام من

أقطاب عصره ، أمثال : عمه السيد علي ـ صاحب البرهان ـ والفقيه الشيخ راضي ، والسيـد حسين الترك ، واختص في الاصول ـ اكثر ـ بالميرزا عبد الرحيم النهاوندي . وفي العلوم العقلية بالحكيم الإلهي الميرزا محمد باقر النجفي

وتلمذ عليه جم غفير من جهابذة العلم وعيون الأدب ، لايسع المجال لاستعراضهم .

وما إن ناهز الثلاثين من عمره ، حتى أصبح من أقطاب العلم والفضيلة ومن أساتذة المنبر العلمي المشار اليهم بالبنان . وتولى ـ بعد وفاة عمه السيد علي صاحب البرهان ـ أي سنة ١٢٩٨ ـ زعامة الحوزة العلمية في النجف الاشرف ، وأنيط به أمر التدريس والبحث العلمي وشؤون المرجعية والتقليد الى أن نقله الله الى حظيرة قدسه .

كان مثابراً على التدريس والبحث والـكتابة والمطالعة ، ليل نهار ، وكثيراً ماكان يقطع الليل كله في المطالعة والكتابة حتى كف بصره ـ في أخريات أيامه ـ

وكان مطلعاً على عامـة العـلوم العقلية والنقلية ، قال عنه سيـدنا الامين في (اعيان الشيعة) : « ... سمعته ـ مرة ـ يقول : نظرت في أكثر العلوم حتى الطب ، ثم تركت النظر فيه ، لأنه ؛ ليس لي فرصة للتعمق فيه » .

وكان ـ بالاضافة الى مقامه العلمي ـ مثال الورع ، أريحي الطبع مرن السلوك ،بهي المنظر ، ترف اللباس ، دمث الاخلاق ، يملاء المجلس بالهيبة والوقار .

وكانت عنده مكتبة ضخمة من أعظم مكتبات العراق من حيث احتوائها على صنوف الـكتب ،وانواع المخطوطات . ولقـد أعجب بهـا وكتب عنها جرجي زيدان في (آداب اللغة العربية) ، وقال عنها السيد الأمين

في (أعيانه) : « ولم يكن في العراق أجمع منها لكتب الفقه والاصول والحديث » . ومن المؤسف أنها تبعثرت - بعد وفاته - بالبيع والاهمال .

كتب والف وصنف - كثيراً - إلا أن عامة كتاباته كانت مسودات تلفت - بعـد وفاته - ولم يحتفظ لنا الزمن إلا بهذه المجموعة القيمة من الفقه الاسلامي التي أسماها بـ (بلغة الفقيه) حيث كانت عنايته بها اكثر حتى طبعت في حياته .

توفي - رحمه الله - ليلة الخميس ٢٢ شهر رجب سنة ١٣٢٦ بموت الفجأة ، فكان لفقده المصاب الجلل والوقع الممض في عامـة أنحاء العراق وإيران ، وعطلت لوفاته الدروس العلمية - عدة أيام - وأقيمت على روحه الطاهر عشرات الفواتح ، ورثاه جم غفير من شعراء عصره : أمثال الشيخ يعقوب النجفي ، والشيخ محمد حسن سميسم والشيخ عبد الحسين الحويزي والشيخ حسن الحلي ، والسيد رضا الهندي ، وغيرهم كثير :

واستقر في مثواه الأخـير في (مقبرة آل بحر العلوم) في النجف الأشرف تغمده الله برضوانه .

خلف - من الـذكور - خمسة، وهم: السيد مهدي، والسيد مير علي، والسيد جعفر - والد الحجة السيد موسى آل بحر العلوم - والسيد عباس ، والسيد حسن .

واما صاحب التعليق : -باقتضاب من مقدمة رجال السيد بحر العلوم-: فهو السيد محمد تقي ابن السيد حسن ابن السيد ابراهيم ابن السيد حسين ابن السيد رضا ابن السيد محمد المهدي بحر العلوم - قدس الله أسرارهم - ويتصل نسبه الوضاح باثنين وثلاثين واسطة -بالامام الزكي الحسن بن علي (ع)

ولد - دام ظله - في النجف الاشرف، سنة ١٣١٨ هـ ونشأ في بيت والده نشأة علم وشرف .

درس علوم العربية والبلاغة والتفسير وقسما من الرياضيات وسطوح الفقه والأصول على العلماء المتخصصين لتلك العلوم - يومئذ -.

وما ان بلغ عمره (الثلاثين عاماً) حتى امتطى صهوة (البحث الخارج) فحضر الأصول والفقه على استاذ العلماء المحقق النائيني - قدس سره - اكثر من عشر سنين، وحضر الاصول ايضا على المحققين الآيتين: الشيخ ضياء الدين العراقي والشيخ محمد حسين الاصفهاني.

ولازم - أخيراً في الفقه - أستاذيه الجليلين الآيتين الورعين: الشيخ محمد رضا آل يسين، والسيد عبد الهادي الشيرازي - تغمدهما الله برضوانه -

وحضر عليه - ولا يزال - جمٌ غفير من رواد العلم وأرباب الفضل من العرب والفرس بحيث لايسع المجال لاستعراضهم، فقل أن تجد من فضلاء العصر - اليوم - إلا وقد حضر عليه قسما من دروسه الفقهية أو الأصولية

ولقد أصبح - اليوم من مراجع الشيعة وفقهاء الأمة، يعترف بمكانته العلمية الخاص والعام. هذا بالاضافة الى مايتمتع به (سيدنا التقى) من خلق وورع نادرين. ويقيم إمامة الجماعة - صباحاً ومغرباً - في جامع الشيخ الطوسي - قدس سره - وظهراً في جامع الشيخ الانصاري - رحمه الله -

كتب والف في الفقه والأصول وغيرهما من العلوم الدينية كثيراً، من ذلك: تقريرات أساتذته العظام في الفقه والأصول، وتعليقة على مكاسب الشيخ الأنصارى، وتعليقة على رسالة المغفور له آية الله استاذه الشيرازي، وكتاب واقعة الطف، ورسالة عملية.

وأخيراً طلبنا من سماحته أن يقوم بدور الملاحظة والتعليق على هذا السفر القيم (بلغة الفقيه) فكان هذا المجهود الثمين نقدمه الى المطبعة مستعينين بالله تعالى على اكماله والله ولي التوفيق :

إدارة مكتبة العلمين العامة
في النجف الأشرف

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله جاعل العلم حياة القلوب من الردى ، ونور الابصار من العمى ، ورافع قدر العلماء بتفضيل مدادهم على دماء الشهداء (١)

والشكر له على انتظامنا في عدادهم ، اومكثري سوادهم . وأفضل صلواته وأكمل تحياته على أهل علمه المخزون ، وسره المكنون ، حملة علم الكتاب : محمد وآله الأطهار الأطياب .

وبعدُ فيقول الراجي عفو ربه الغني محمد بن محمد تقي آل بحر العلوم الطباطبائي : إني - وان كنت أول الأمر عند استقبال العمر لم أقصر في طلب العلوم حسب إمكاني ، ولم يضع في غيره إلا القليل من زماني ، فكم سهرت لتحصيلها طوال الليالي ، واستخرجت بغوص الفكر في بحارها غوالي اللئالى ، أجيل في مضاميرها سوابق أفكاري ، وأصيب غوامضها بصوائب سهام انظاري - لكني لم أحفظ بالتحرير مااستحصلته من

(١) هذا مضمون أحاديث نبوية كثيرة متقاربة اللفظ ، منها ما «عن الإمام الصادق عليه السلام عن آبائه عن علي - عليه السلام - قال قال رسول الله (ص) اذا كان يوم القيامة وزن مداد العلماء بدماء الشهداء ، فيرجح مداد العلماء على دماء الشهداء » .

راجع - عن فضل العلم والعلماء - كتاب العلم من (بحار الأنوار ج ١ - ٢) من الطبعة الجديدة . فقد جمع فأوعى كل الآيات والأحاديث الواردة في ذلك الموضوع :

وذكر العجلوني في (كشف الخفاء ج ٢ برقم٢٢٧٦) الحديث بلفظ « مداد العلماء أفضل من دم الشهداء » واستعرض الفاظ الحديث المختلفة ، فراجع .

الضياع ، اذ كل علم ليس في القرطاس ضاع .

حتى اذا تألب (١) عليّ صروف الزمان ، واختلف باختلاف أغراضي الجديدان (٢) وولى من العمر أفضله ، وأدبر مستقبله ، وذهب بصري ، فخفت أن يذهب - كذهاب عيني - أثري .

فهممتُ بتحرير بعض المسائل المهمة - لو ينفع بالشيخ الهم بذل الهمة - أخذاً بقولهم - سلام الله عليهم - : « مالا يدرك كله لايترك كله »(٣) والميسور لايسقط بالمعسور (٤) .

قصرت أملي على من حضرني - على اختلاف معرفتهم واختلاف شؤونهم في تشتيت البال وكثرة المعوقات من الاشتغال - .

فحيثما عثرت على تعقيد في التعبير ، أوسماجة (٥) في التحرير فقد عرفت أمره وأسلفنا لك عذره .

وقد سميتها (بلغة الفقيه لما يرتجيه) رجاء أن يبلغنا الله تعالى بها مبالغ رضاه ، ويجعلها من أحسن الوسائل يوم نلقاه .

فنقول :

---

(١) تألب : تجمع وتحشد .

(٢) الجديدان والأجدان: الليل والنهار،لأنهما لايبليان أبداً،وهما لايفردان فلا يقال : للواحد منهما : الجديد أو الأجد .

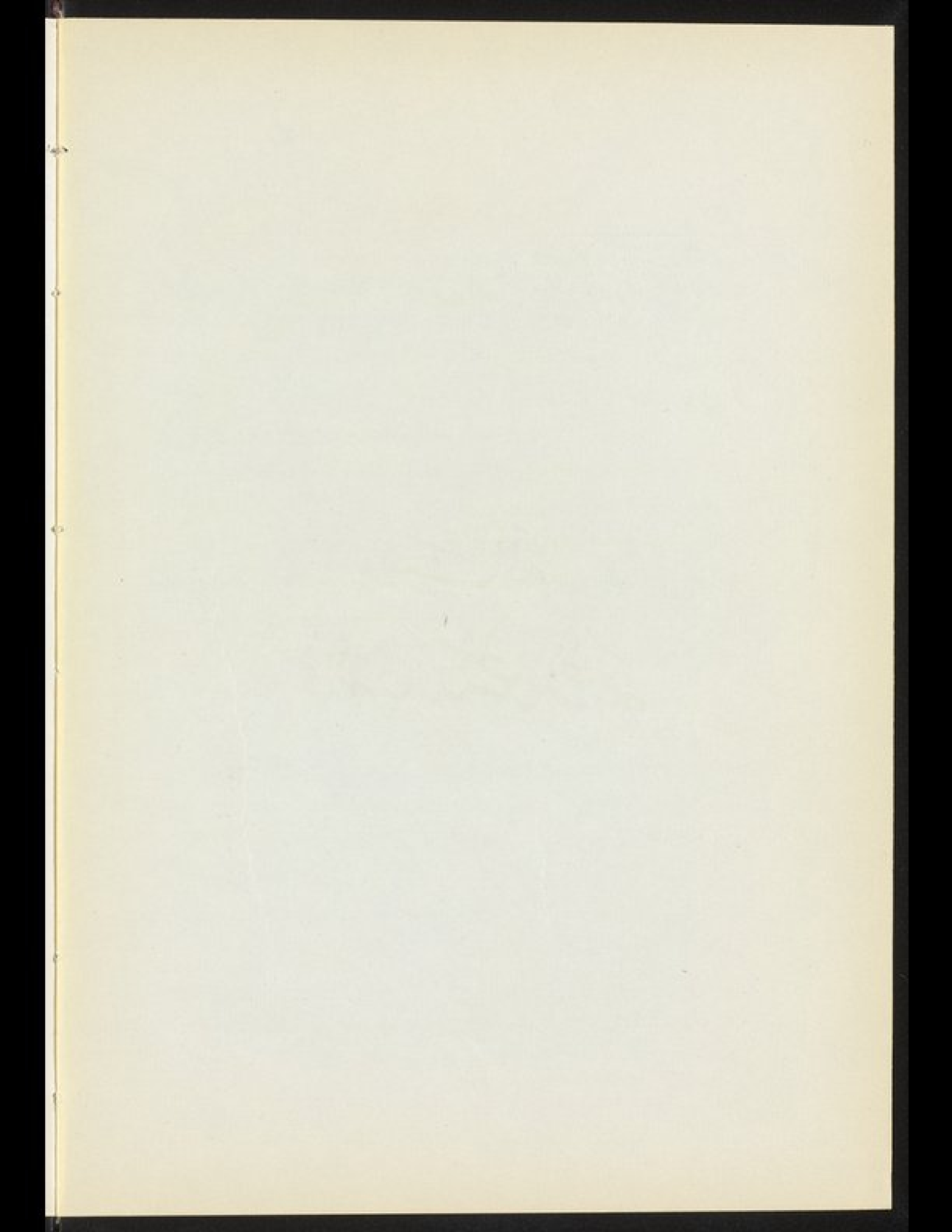
(٣) - (٤) الأول حديث نبوي شريف ، ذكره العجلوني في (كشف الخفاء ج ٢ رقم ٢٢٥٨) . وذكر ابن أبي جمهور الاحسائي في كتابه (غوالي اللئالي): أنه علوي .

والثاني : علوي - كما ذكره في كتاب (غوالي اللئالي) - راجع الحديثين أيضاً في (حاشية الاشتياني على رسائل الشيخ الانصاري ص ١٨٩) طبع ايران .

(٥) سُمج - بالضم - سماجة وسموجة : قبح .

رسالة

في الفرق بين الحق والحكم



مسألة

لما خفي الفرق على كثير بين الحق والحكم ، والتبس الأمر بينهما ، مع ابتناء كثير من الفروع الفقهية عليها ، والفرق في الحقوق بين مايقبل النقل والاسقاط ، وبين مالا يقبلها أو يقبل أحدهما دون الآخر .

أحببت أن أشير الى الفرق بينهما بحسب المفهوم والحقيقة ، وتحصيل ماهو الميزان الفارق بينهما والثمرات المترتبة عليها ، وميزان الفرق في الحقوق بين ما يسقط بالإسقاط ومالا يسقط به ، وما تصح المعاملة عليه - مجاناً - أو بعوض ، ومالاتصح بها أوبأحدهما ، ومعرفة مصاديق الحكم او الحق مما وقع الخلاف فيه ، ومصاديق الحقوق القابلة للاسقاط والنقل وغير القابلة لها أولأحدهما ، وحكم صورة الشك في كل من الأمرين بحسب ماتقتضيه الأصول والقواعد . فنقول - وبالله المستعان - :

اما الحكم : فهو جعل بالتكليف أو بالوضع ، متعلق بفعل الانسان من حيث المنع عنه والرخصة فيه ، أو ترتب الأثر عليه . فجعل الرخصة - مثلا - حكم ، والشخص مورده ومحله ، وفعله موضوعه . وهو لايسقط بالاسقاط ، ولا ينقل بالنواقل - بالبديهة - لأن أمر الحكم بيد الحاكم لابيد المحكوم عليه . نعم ، لو كان معلقاً على موضوع ، وكان داخلا فيه ، كان له الخروج عنه ، فيسقط به - حينئذ - لا بالاسقاط .

وأما الحق فهو يطلق - مرة - في مقابل الملك ، وأخرى - مايرادفه .

وهو - بمعنييه - : سلطنة مجعولة للانسان من حيث هو على غيره ولو بالاعتبار : من مال أو شخص أوهما معاً ، كالعين المستأجرة ، فان للمستأجر سلطنة على الموجر في ماله الخاص :

وهو أضعف من مرتبة الملك ، او أول مرتبة من مراتبه المختلفة في الشدة والضعف .

وله طرفان : أحدهما - طرف النسبة والاضافة ، ويعبر عن المنسوب اليه بصاحب السلطنة ، وذي السلطان ، والآخر - طرف التعلق ، ويعبر عن متعلقه بالمسلط عليه .

وهو : قد يكون مستقلا بنفسه كحق التحجير ، وقد لايكون مستقلا بنفسه ، بل متقوم بغيره كحق المجني عليه على الجاني ، وحق القصاص ، فهو كالملك الذي قد يكون متعلقة مستقلا ، وقد لايكون كالكلي في الذمة وقد يتحدان في المورَد ، وإنما يختلفان بالاعتبار كسلطنة الانسان على نفسه ولذا قيل : « الانسان أملك بنفسه من غيره » . ومنه قوله تعالى - حكاية عن كليمه - : « إنى لا أملك إلا نفسي وأخي » (١) فما به التعلق عين ما اليه الاضافة ، وانما يختلف بالاعتبار .

ومن فروع هذه السلطنة : تملكه للمباح الأصلي والعرضي بالحيازة ، الذي مرجعه الى حصول الربط بها بين الحائز والمحوز ، وارجاع أمر المال الى نفسه ، وجعل نفسه في وثاق المال وبعهدته ، بحيث لو كان مما يجب عليه الانفاق وكسوته وحفظه لاحترامه ، كان أولى به ، فتعلق المال بالمالك معنى له طرفان : الغُنم ، والغُرم ، وأولويته به ليس في خصوص النفع وكل ذلك من فعل نفسه بنفسه ، وليس إلا لسلطنته عليها ، ومنه يظهر الوجه في توقف نفوذ التمليكات المجانية كالهبة والوصية على قبول المتهب والموصى له ، لأن المالك لاسلطنة له على غيره حتى يدخل المال في ملكه قهراً عليه ، وإلا لكان من الايقاعات لامن العقود . نعم ، له التمليك

(١) وتمام الآية : « قال : رب إني لا أملك إلا نفسي وأخي فافرق بيننا وبين القوم الفاسقين » سورة المائدة : آية ٢٥ .

لأنه من آثار سلطنته على ماله .

وأما التملك ، فمن آثار سلطنة المتملك على نفسه . فالسلطنة المجعولة حق ، وصاحبها مالك ، وذو سلطان ، وان كان جعلها له حكماً :

وكذا الآثار العارضة لها والمتعلقة بنفسها بحيث تكون نسبتها اليها لسبة العارض الى المعروض ، فيكون الحق موضوعاً لذلك الحكم ، دون ما كان منتزعاً منها ، بحيث تعد من شعبها وتطوراتها ، فانها من الحقوق ايضاً .

وهنا كثيراً ما يقع الاشتباه بين القسمين من الآثار في المصداق وأنه من العوارض على السلطنة أو من شعبها ...

ثم الإسقاط الذي مرجعه الى العفو : عبارة عن قطع طرف التعلق عن متعلقه ، ومورده الانسان ، ويشبهه في الاعيان الأعراض ، بناء على خروج المعرض عنه عن الملك وعوده الى الاباحة الأصلية ، وإلا - كما هو المقرر في محله من عدم الخروج به عنه كما هو المشهور - انحصر مورده بالحقوق المتعلقة بالانسان ، ولو في ماله ، بناء على ماهو الحق : من أن أولوية السبق في المساجد والمدارس والخانات والرباطات والقناطر والطرق النافذة ، ونحو ذلك من الأحكام التي تنتفي بانتفاء موضوعها بالإعراض عن المحل ، وهو التزاحم الذي هو موضوع المنع والحرمة ، لامن الحقوق التى تسقط بالاعراض .

ولعلك تقف على توضيح ذلك في بيان المصاديق المشتبهة بينهما .

والنقل : هو تحويل طرف الاضافة منه الى غيره : بعوض ، أومجانا فكل من النقل والاسقاط من عوارض السلطنة وأحكامها .

ثم الحق قد يضاف اليه تعالى ، فيكون متعلقه ماسواه من الممكن ، وسلطنته عليه من أتم مراتب السلطنة وأكملها ، لأنه سلطنة عليه بالإيجاد والربوبية ، ضرورة افتقار الممكن في تحققه الى الواجب ، لعدم الاستقلالية

له في الوجود .

ومن فروع هذه السلطنة وحقه على الممكن أن يعبد ويوحّد .

ومن رشحاتها : ولاية النبي (ص) على المؤمنين [١] وهي - وان لم تكن من سنخ سلطنة الله تعالى - إلا أنها سلطنة عنه تعالى بالاستخلاف . وولاية خلفائه الطاهرين ، ونوابهم المجتهدين .

فهي في طول سلطنة الله على خلقه . ولذا كان النبي - صلى الله عليه وآله - خليفته في أرضه والأئمة خلفاءه في أمته ، والعلماء نوابهم في شيعتهم .

وهي أقوى وأشد وأولى وأكمل من سلطنة الانسان على نفسه مع كونها في غاية الشدة والكمال ، لأن منشأ انتزاعها هو كون الشيء نفسه.

والى السلطنتين واكملية الأولى من الثانية أشار (ص) في قوله بغدير خم : « ألست أولى بالمؤمنين من أنفسهم » ثم جعلها بعد الاعتراف منهم توطئة لبيان ولاية علي عليه السلام ، فقال : - بعده - : « من كنت مولاه فهذا علي مولاه » [٢] فولايته على الأمة التي هي بمعنى الأولية بالتصرف : مشتقة من أولوية النبي (ص) المشتقة من سلطنته تعالى على خلقه .

ثم إن الحق - بما هو حق - يختلف بحسب اختلافه في سقوطه بالاسقاط ، وعدمه ، ونقله الى غيره مجاناً أو بعوض ، وعدمه ، وانتقاله قهراً بالارث ، وعدمه - الى أنحاء شتى :

---

(١) قال الله تعالى في كتابه المجيد - سورة الأحزاب / ٦ - : « النبي أولى بالمؤمنين من أنفسهم ... » .

(٢) راجع - في هذا الموضوع سنداً ودلالة - : الجزء الاول من كتاب الغدير للحجة الأميني حفظه الله .

منها ـ مالا يجوز عليه شيء من ذلك ، فلا يسقط بالإسقاط ، ولا ينقل بالنواقل ، ولا ينتقل بالارث ونحوه : كحق الأبوة ، وولاية الحاكم وحق الاستمتاع بالزوجة للزوج ، وحق الجار على جاره ، والمؤمن على أخيه . فانها حقوق لأربابها لاتسقط ، ولا تنتقل الى غيرهم بوجه من الوجوه ؛

ومنها ـ مايجوز فيه كل ذلك ، كحق الخيار ، وحق القصاص ، وحق الرهانة ، وحق التحجير ، وحق الشرط المطلق .

ومنها ـ مايسقط بالاسقاط ، ولا ينقل ولا ينتقل ، كحق الغيبة ، والايذاء بضرب أو شتم أو إهانة أو نحو ذلك ـ بناء على كونه حقاً ـ ولذا يجب الاستحلال منه ، ولا يكتفى بالتوبة في التخلص عنه [١].

ومنها ـ مايسقط بالاسقاط ، وينتقل بالارث ـ على قول ـ ولاينقل بالنواقل كحق الشفعة للشريك المسبب عن بيع شريكه .

ومنها ـ ما ينقل ـ مجاناً لابعوض ـ كحق القسم بين الزوجات بناء على عدم مقابلته بالأعواض .

ومنها ـ المصاديق المشتبهة بين كونها حكما أو حقاً .

وان وقع الخلاف في ذلك في بعض ماتقدم ـ أيضاً ـ كحق الرجوع في المطلقة الرجعية وحق السبق في المسجد ، والأوقاف العامة ، والطرق النافذة

ومنشأ هذا الاختلاف : هو ان الموجب للحق : إما أن يكون علة تامة ، فيستحيل انفكاكه عنه بسقوط أو انتقال ، لاستحالة تخلف المعلول عن علته التامة ، كولاية الآباء والأقارب ، والحاكم ، ومنصوبه . وانعزال

---

(١) وربما قيل : إنها محض الحكم بالاثم ، ويكفي بالتخلص عنه بمحض التوبة شأن كل إثم بين العبد وربه .

المنصوب بالعزل اخراج لـه عن الموضوع ، لا إسقاط للحق مـع بقاء منشأ انتزاعه .

وإما أن يكون من قبيل المقتضى فيمكن فيه التخلف بحسب مايوجبه من السقوط أو النقل أو الانتقال ، إلا إذا كان المنع عنه من جهة قصور في كيفيته بحسب الجعل ، كأن يكون الحق متقوماً بشخص خاص أوعنوان خاص ، كحق التولية في الوقف الى المتولي الخاص أو الحاكم ، فلايجوز العدول الى غير المجعول له بجعل الواقف من الشخص أو أفراد عنوان آخر وكذاحق الوصاية المجعول من الموصي لشخص خاص من حيث هو هو،أوكان مختصاً له بالشرط ، كحق الخيار المجعول لصاحبه بشرط مباشرته للفسخ بنفسه . فان أمثال هذه الحقوق إنما هي متقومة بذوات مخصوصة اوعناوين خاصة ، فلا تنتقل الى غـيرها لعدم التقوم إلا بها ، وان جاز إسقاطها لعدم كون الموجب لها من العلة التامة .

فتلخص مما ذكرنا : أن الحق : إن كان موجبه علة تامة له ، امتنع انفكاكه عنه مطلقاً من غير فرق بين السقوط بالاسقاط ، والنقل بالنواقل والانتقال القهري بالارث .

وان كان من قبيل المقتضى لـه ، وكـان مختصا ومتقوماً بشخص خاص ، فهو ، وان جاز سقوطه بالاسقاط لكونه مالكاً ، وليس الموجب علة تامة حتى يلزم التخلف المستحيل ، إلا أنه لايجوز نقله لمنافاته الاختصاص المجعول بالأصل أو بالعارض بشرط ونحوه .

وان لم يكن كذلك بأن لم يكن الموجب علة تامة ، ولا الحق مختصاً ومتقوماً بشخص خاص ، جاز إسقاطه ونقله وانتقاله ، لوجود المقتضي ، وهو كونه مالكاً للحق ، وعدم المانع من علية الموجب له او الاختصاص بما يوجب الخصوصية ، كحق الخيار المطلق الذي يجوز إسقاطه ونقله وانتقاله :

هذا ، واستفادة مايتميز به الحكم من الحق وكيفية الحق من بين سائر الحقوق من الموازين المتقدمة ، إنما هي من الأدلة بحسب مايستفيده الفقيه منها ، لاماقيل في إثبات ذلك بالرجوع الى ثبوت الآثار وعدمه من النقل والسقوط ، لأن ذلك ـ مع كونه مستلزماً للدور ـ غير مطرد ، ضرورة أن الحكم ممالايسقط ولا ينقل ، لاكل مالا يسقط ولا ينقل كان حكماً ، فان الحقوق بعضها كالاحكام لايسقط بالاسقاط ولا ينقل بالنواقل ـ كما عرفت ـ :

نعم ، لو دل الدليل على السقوط أو الانتقال أفاد كونه حقاً ، لأن الاحكام بأسرها لاتقبل شيئاً من ذلك . وحيثما شك في شيء من ذلك كان المرجع فيه الى ماتقتضيه الأصول والقواعد . فلو شك في شيء بين كونه حكماً اوحقاً نفي كل أثر وجودي مترتب على كل منها بالأصل ، فلا يبنى على السقوط بالاسقاط ، ولا على الانتقال بالنواقل ، لابتناء ذلك على إحراز كونه حقاً ، ويكفى الشك فيه ، فضلا عن كون مقتضى الأصل عدمه ، وإن لم يثبت بذلك كونه حكماً ، لأنه من الأصل المثبت . وكذا لوشك في قابلية إسقاط الحق ونقله بعد إحراز كونه حقاً ، للشك في علية الموجب وعدمها ، أوفي اعتبار ما يوجب الاختصاص وعدمـه ، وان أحرز كون الموجب مقتضياً ، فانه لايترتب عليه شيء مما يتوقف ترتبـه على إحراز القابلية ـ أولاً ـ نعم ، يجوز التمسك بالعمومات بعد إحراز الصدق العرفي والقابلية العرفية عند الشك في القابلية الشرعية المنبعث عن الشك في تخطئة الشارع لما هو عند العرف ، أوتصرّف منه فيه باعتبار شيء فيه ، أومانعية شيء عنه . فيدفع بالعمومات المتوجهة نحوهم الدالة على إمضاء ماهو المتعارف عندهم . إلا أن مانحن فيه ليس من هذا القبيل ، لمعلومية اختلاف الحقوق شرعاً في جواز الاسقاط وعدمه ، وجواز النقل وعدمه . وانما الشك في اندراج المشكوك في أي قسم منها مصداقاً ، وبالعموم لايتميز المصداق ـقطعاًـ .

اذا عرفت ذلك ، فلنذكر المصاديق المشتبهة بين كونها حقاً أوحكماً والحق من بين سائر الحقوق :

فمنها - جواز الرجوع في المطلقة الرجعية .

فقد ذهب المحقق القمي - قدس سره - وتبعه بعض من تأخر عنه - الى كونه حقاً يجوز الصلح عليه ، مستدلاً بعمومات أدلة الصلح التي منها: « الصلح جائز بين المسلمين » (١) أي : نافذ ، من : جاز السهم : اذا نفذ :

وأنت خبير بما فيه ، لأن الشك فيه : إن كان للشك في كونه حكما أو حقاً ، فهو من الشبهات المصداقية التي لايجوز فيها التمسك بالعمومات - قطعاً - وإن كان للشك في كونه من الحقوق التي تنقل بالصلح أولا تنقل بعد البناء على كونه حقاً - فرجع الشك فيه الي الشك في القابلية التي لايتمسك لاثباتها بالعمومات - أيضاً - اللهم إلا أن يجاب عن تمسكه بها - بعد البناء منه على كونه حقاً كما هو صريح عبارته في كتاب (أجوبة

---

(١) وهو حديث نبوي - من طريق الخاصة - . وتتمة الحديث « . . . إلا صلحاً أحل حراما او حرم حلالا » راجع : شرح اللمعة للشهيد الثاني ووسائل الشيعة للحر العاملي ، كتاب الصلح : وفي الوسائل : عن أبي عبد الله (ع) : « الصلح جائز بين الناس . . . »

والمراد بالمحقق القمي هو الميرزا أبو القاسم القمي . قال في كتابه المشار اليه في المتن بأجوبة المسائل ، المسمى بـ (جامع الشتات) كتاب الطلاق ، باب جواز الصلح على الطلاق: ص٥٣٥ طبع حجري ايران: « . . . واما اندراجه في الصلح فبأن يجعله عوضاً للصلح ، فتقول المرأة : صالحتك هذه الفدية بأن تطلقني ، وطلقها في عوضه ، ويشمله عمومات أدلة الصلح ، وأنه جائز بين المسلمين إلا ما أحل حراماً أو حرم حلالا » .

المسائل) (١) بارادة جواز وقوع الصلح عليه ، بمعنى سقوط حق الرجوع الثابت للزوج بالصلح عليـه ، لانقله به منه الى غيره ، حتى يقال فيه : من المحتمل أنه من الحقوق المتقومة بالزوج ومختص به ، فـلا ينتقل الى غيره ، بل هو من الصلح الواقع في مورد الاسقاط والابراء ، مع منـع كون الموجب له علة تامة ، حتى يمنع عن ذلك ايضاً،فيكون الشك في نفوذ الصلح المتضمن للسقوط وعدمه من الشك في التخصيص الذي يرجع فيه الى العموم ، دون الشك في التخصص .

نعم ، تبقى المناقشة معه في كونه حقاً ، بل الظاهر أنه من الأحكام لامن الحقوق .

توضيح ذلك : أن المطلقة إن كانت زوجة - بعد - كما يعطيه صدق « وبعولتهن » الظاهر في الاتصاف الفعلي ، وترتب أحكام الزوجية الظاهر في كونها زوجة حقيقة ، فرجعه الى ضعف سبب الفرقة وهو الطلاق وأنه لم يؤثر قطع علقة الزوجيـة بالكلية ، فالقدرة على الرجوع من آثار بقاء علقة الزوجية التى مرجعها الى إبقاء تلك العلقة وإرجاعها كما كانت ، وكما أن قطع العلقة بمعنى فكها عن الزوجية بيده ، كالعتق في فك الملك بيـد المالك فكـذلك إبقاؤها على الزوجية . فكل من الامساك والتسريح بيـد الزوج ومن أحكام سلطنته على الزوجة ، لأنها من عوارضها المتعلقة بها ، فيكون الرجوع في العدة للزوج من قبيل جواز الرجوع في العقود الجائزة الذي هو من الأحكام ، لكونه من آثار علقة الملكية السابقة ، بناء على ضعف سببية العقد الجائز في قطع علاقة الملكية .

وان قلنا بخروجها عن الزوجيـة بالطلاق ، وان ترتب عليها حكم

(١) راجع : جامع الشتات للمحقق القمي المعروف بـ (أجوبة المسائل) كما في المتن : كتاب الطلاق باب جواز الصلح على الطلاق .

الزوجة - تعبداً - كما يشعر به قوله تعالى : « . . . أحق بردهن »[1] لظهور الرد في الرجوع بعد الخروج . غير أنه تحدث للزوج سلطنة جديدة على إرجاعها وابطال سببية الطلاق للفرقة . كما تحدث للذي الخيار سلطنة على فسخ العقد اللازم ، وأن زمان العدة - نظير ثلاثة ايام لخيار الحيوان - كان حقاً ، لاحكماً ، كحق الخيار في العقود اللازمة . وحيث أن المستفاد من الأخبار ، وكلمات علمائنا الأخيار : أنها زوجة - حقيقة - لاحكماً تعبدياً ، وان علقة الزوجية باقية ، لاجرم اتجه كونه حكماً ، لاحقاً ، فلا يسقط بالاسقاط ، ولا ينقل بالنواقل .

هذا ، وقد حكى المحقق المتقدم عن بعض معاصريه : أن اثر الصلح مع الزوج على حق الرجوع ليس الا الحرمة التكليفية ، وإلا فلو رجع بعده لنفذ رجوعه في إبطال الطلاق . وتعجب من ذلك غاية العجب .

قلت : وتعجبه في محله ان اراد تأثير الرجوع بعد سقوط حقه بالصلح عليه ، اذ لاحق بالفرض حتى يرجع به . ولكن من المحتمل - قوياً - أن يريد بوقوع الصلح كون المصالح عليه ترك الرجوع ونفس عدم الفعل الذي مرجعه الى مجرد الالتزام بعدم استيفاء حقه ، لاسقوط الحقية من أصله .

وعليه ، فله وجه وجيه يتمسك على صحته بعموم أدلة الصلح بناء على الأقوى من كونه عقداً مستقلا إن كان المصالح عليه نفس الترك ومجرد عدم الرجوع ، لانفس جوازه الذي هو حكم الحق وأثر من آثاره ، لما عرفت من أن الحكم لايسقط ولا ينقل لأن أمره بيد الحاكم ، بل ويجوز

(١) تمام الآية: « والمطلقات يتربصن بانفسهن ثلاثة قروء ولا يحل لهن ان يكتمن ماخلق الله في ارحامهن إن كن يؤمن بالله واليوم الآخر ، وبعولتهن أحق بردهن في ذلك إن ارادوا إصلاحاً ... » : البقرة / ٢٢٨ .

الصلح على هــذه الكيفية ، حتى لو قلنا بأن حق الرجوع في العــدة من الأحكام لا من الحقوق ، لأن المصالح عليه بالفرض نفس الترك وعــدم الرجوع ، لا الحكم بجوازه .

فلا فرق في جواز الصلح على هـذا التقرير بين كونه مصداقاً لحق أو لحكم ، غير أنه على التقديرين ينفــذ رجوعه لو رجع بها ، وإن أثم به ، إلا أن الغالب وقوع الصلح في أمثال المقام لئلا يتمكن من الرجوع بحيث لا ينفذ رجوعه لو رجع ، وهو لا يتم إلا بالصلح على الحق ، لا لمجرد عدم الرجوع مع بقاء الحق ، فافهم .

ومنها ـ الخيارات ، فانها من الحقوق ـ قطعاً ـ لكونها سلطنة مجعولة بأحد أسبابها للمتعاقدين أو الأجنبي على إبطال العقد اللازم وحله ، ومورد ها العقود اللازمة ، وإلا فالعقد الجائز لاخيار فيه ما دام جائزاً ، إلا اذا عرض عليه اللزوم بسبب ، فيؤثر ـ حينئذ ـ سبب الخيار فيه خياراً .

وكيف كان ، فالظاهر جواز المعاوضة عليه بما يوجب نقله ، فضلا عن سقوطه لعمومات أدلة المعاوضة ، مضافاً الى عموم « أوفوا بالعقود » (١) بعد إحراز القابلية بما دل على سقوطه بالاسقاط وانتقاله بالارث الكاشفين عن عدم كون الموجب له علة تامة ، وعدم كون الحق متقوماً بذاته من حيث هو ذاته ، وإلا لم يكن لينتقل عنه بالارث .

ومنها ـ الأولوية بالسبق في المساجد والمدارس والقناطر والرباطات والطرق النافذة ، ونحو ذلك من الحقوق الراجعة الى عموم الناس أو المتلبس بعنوان منهم . فالذي يظهر من كثير منهم أنه من الحقوق ، ولعله نظراً الى إطلاق الحق عليه في حديث : « من سبق إلى ما لم يسبق اليه احد كان

(١) تمام الاية : « يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود ... » المائدة /١

أحق به » وفي آخر : « كان له » بدل قوله « أحق به » (١) بناء على ظهور اللام فيه .

ويحتمل - قوياً ، بل لعله الأقوى - كونها من الأحكام ، بمعنى تحريم مزاحمة السابق فيما سبق اليه مما له فيه حق بجعل الواقف الذي هو وغيره فيه شرع سواء بذلك الجعل ، ضرورة أن الواقف لم يجعله وقفاً على السابق منهم حتى يختص به هو دون غيره ، ولا أحدث السابق حقاً جديداً له وراء ما جعل له الواقف حتى يكون له حقان : استحق أحدهما بالوقف كغيره ، والآخر استحقه بالسبق دون غيره ، فيسقط هو بالإعراض عنه دون المجعول بالوقف ، بل السبق سبب لحرمة مزاحمته فيه ومدافعته عنه مطلقاً ، ولو كان المزاحم من مصاديق عنوان الموقوف عليه ، فتقديم السابق في تزاحم الحقوق كتقديم الأهم في تزاحم الواجبات في كونه من الأحكام . فبالإعراض عن المحل يرتفع التزاحم الذي هو موضوع الحكم بالتحريم ، بل لعله يشعر به التعبير بالأحق في الحديث ، والزيادة لاختصاص الاستيفاء ، واللام لمطلق الاختصاص .

وان أبيت إلا عن كونه حقاً ، كما لعله المشهور أو الاشهر بتقريب أن السبق يوجب تعيين العنوان الكلي في المصداق الخاص ما دام سابقاً وشاغلا للمحل أو غير معرض عنه كتعيين مصداق المالك بالقبض في الخمس والزكاة من السادة والفقراء ، فليس - هنالك - للسابق إلا الحق المجعول بالوقف للعنوان او الجهة المتعين له بالسبق ، فيكون - حينئذ - من الحقوق ، لامن الأحكام ، فتظهر الثمرة .

مع انه - على القولين - يسقط بالاعراض ، ولا ينقل ولا يورث فيما

---

(١) في (الجامع الصغير للسيوطي) و (كنوز الحقائق للمناوي - بمادة من - الحديث هكذا « من سبق الى ما لم يسبقه اليه مسلم فهو له » .

لو زوحم ودفع عن المحل كان المزاحم غاصباً ، وصحة الصلاة فيه مبنية على مسألة اجتماع الامر والنهي بناء على كونه حقاً ، وأما على كونه حكماً ، فيصح تصرفه فيه ، لأنه من التصرف في حقه بجعل الواقف ، وان فعل محرماً بدفع السابق عنه ، بل لعله ينعكس الأمر بعده ، فيحرم على المدفوع مزاحمة الدافع . ولو تنزلنا وقلنا ببقاء الحرمة ما لم يعرض المدفوع عنه ، فصحة الصلاة فيه ـ حينئذ ـ مبنية على مسألة الضد لا مسألة اجتماع الأمر والنهي . فافهم (١) .

ومنها ـ جواز الصلح على حق الدعوى ونفوذه . قال في (القواعد) : « لو صالح الاجنبي المدعي لنفسه ليكون المطالبة له ، صح ـ ديناً كانت

(١) وبالجملة ، إن الأولوية الحاصلة للسابق في المسجد وما كان من قبيله إن قلنا : إنها حق بالمعنى الأخص لمن سبق اليه لا يجوز غصبه منه والتعدي عليه بمزاحمته نظير حق التحجير على الأرض الموات لمن حجر عليها ، وعليه فصحة صلاة المزاحم فيه تبتني على مسألة اجتماع الأمر والنهي في شيء واحد مع تعدد الجهة والحيثية ، إذ الصلاة المعينة من حيث كونها عبادة مأمور بها ، ومن حيث كونها غصباً وتعدياً على ذي الحق منهي عنها . وبناء على امتناع امتثال أمر الصلاة بما جمع العنوانين والحيثيتين ـ إذ لا يطاع الله تعالى من حيث يعصى ـ تفسد صلاة المزاحم هذا .

وأما إن قلنا : إن الأولوية المذكورة حكم لا حق ، وأن مرجعها إلى حرمة مزاحمة السابق ودفعه عما سبق اليه من المكان ، فتصح صلاة المزاحم بعد الدفع عنه إذ هو تصرف فيما له التصرف فيه من المذكورات ، غاية الأمر كونه عاصياً بدفعه من سبق .

وأما إن قلنا بحرمة المزاحمة ـ حدوثاً وبقاء ـ ما لم يعرض المدفوع عما سبق اليه ، فرجع ذلك إلى الأمر بافراغ المحل له ، فصحة الصلاة وعدمها مبنية على مسألة الضد ، فان قلنا بأن الأمر بالشيء يقتضي النهي عن ضده الخاص ، فالصلاة تفسد لكونها إشغالاً للمحل كما لو قلنا بعدم الاقتضاء للنهي عنه ، ولكن قلنا بتوقف صحة العبادة على ورود أمر بها ، ولا يكتفى بالمحبوبية الذاتية ، فتفسد أيضاً ، إلا أن نقول بالترتب . (هذا مجمل القول والتفصيل في كتب الأصول) .

الدعوى أو عيناً » (١) .

قلت : الصلح مع المدعي : اما أن يكون من الأجنبي لنفسه ، أو من المدعى عليه . وعلى التقديرين ، فاما أن يكون الصلح على المدعى به ، أو على مجرد حق الدعوى لانه من الحقوق لامن الأحكام ، فان كان على المدعى به - وكان من الأجنبي - انتقل اليه حق الدعوى ، تبعاً لما انتقل اليه بالصلح من المدعى به - عيناً كان او ديناً - وان كان من المدعى عليه ، سقط الحق عنه ، لأنه لا يملك على نفسه ، وينتقل اليه المدعى به إن كان عيناً ولم يكن له في الواقع مع فرض صحة الصلح منه . وان كان على حق الدعوى مجرداً عن المدعى به ، فالظاهر بطلان الصلح وعدم نفوذه لعدم استقلالية هذا الحق لنفسه حتى يصح الصلح عليه ، ضرورة كونه منتزعاً من الحق المدعى به ومسبباً عنه ، دائراً مداره وجوداً وعدماً ، فلا استقلالية له في الوجود : بل وجوده وجود عرضي يتحقق بوجود معروضه . كيف ، وما كان كذلك يستحيل تفكيكه عنه ونقله بالصلح ، لأنه من تخلف المعلول عن علته التامة ، وهو الوجه في عدم جواز الصلح عليه مجرداً ، إلا ما قيل : من أنه لو صالح عليه وأثبت المدعى به ليس له أخذه ، لأنه لم يصالح عليه حتى يجاب عنه - كما في جامع الكركي - بأنه بالصلح يقوم مقام المدعي في أخذ المدعى به بعد إثباته (٢) .

---

(١) راجع : قواعد العلامة ، كتاب الصلح ، الفصل الثالث في التنازع .

(٢) راجع : جامع المقاصد في شرح قواعد العلامة : ج ١ كتاب الصلح : الفصل الثالث في التنازع ، فانه علق على نفس عبارة العلامة الآنفة بعبارة طويلة آخرها قوله : « ... وكذا لقائل ان يقول : لم لايجوز الصلح على استحقاق الدعوى فقط ، فان ذلك حق ويجوز الصلح على كل حق ، لكن يرد عليه - حينئذ - أنه لو ثبت الحق امتنع أخذه لعدم جريان الصلح عليه ، ويجاب بان الصلح لو جرى على أصل الاستحقاق ، فان ثبت الحق أخذه ، والا كان له استحقاق الدعوى وطلب اليمين . وبالجملة : فيقوم مقام المدعى ... »

هذا ، ولكن الأظهر بطلان الصلح على المدعى به قبل اثباته لأنه محكوم ظاهراً بملكيته للمدعى عليه ، وهو مستلزم ابطلان الصلح عليه ظاهراً لأنه من الصلح على مال الغير شرعاً ، وهو باطل . فرجع الصلح ـ حينئذ ـ ليس إلا الصلح عن حق الدعوى الذي يكفي في ثبوته احتمال صحته ، وانتقاله اليه بهذا المعنى مستلزم لانتقال متعلقه في الواقع إن كان له ليقوم الاحتمال في حقه ايضا ، تصحيحاً للمعاملة ، وان لم يكن له فالمصالح عليه هو نفس هذا الحق المنتزع من احتمال كون متعلقه له .

ولعله مراد (الكركي) في الجواب ، بأنه بالصلح يقوم مقام المدعي في اخذ المدعى به بعد إثباته ، وإلا فكيف يستحق المدعى به بعد الاثبات مع انه لم يجر الصلح عليه ؟ .

وكيف كان ، فالصلح يبطل ان وقع عن المدعى به ـ فقط ـ وكذا إن وقع عن حق الدعوى بشرط التجرد عنه ، وإنما يصح لو جرى على حق الدعوى ـ لا بشرط ـ

هذا ، ولو جرى الصلح على نفس ترك الدعوى دون حقها لم يسقط حقه وكانت دعواه مسموعة ، وإن وجب عليه الترك . ولكن ، هل يجوز له أن ينقله الى غيره ، فيطالب الغير به ؟ الأقرب ذلك ، لعدم منافاته لما التزم به بالصلح من عدم المطالبة ـ بنفسه أو بوكيله . ولو مات انتقل الحق الى وارثه فله المطالبة به لعدم التزامه بما التزم به مورثه ، ولو مات من كان عليه الدعوى ـ في الفرض ـ فله المطالبة من وارثه لأنه غير من التزم له بتركها إن وقع الصلح على ترك مطالبته ، وان وقع على ترك الدعوى على العين استمر المنع الى مابعد الموت ـ أيضا ـ لأن الملتزم به ترك الدعوى على العين لاعلى من كانت بيده ، بخلاف الأول ، ومثله يجري التفصيل بين الاطلاق والتقييد فيما لو نقل العين الى غيره ، فافهم .

ومنها ـ حق اليمين ، فانه من الحقوق التي يصح الصلح عليها حيث

مايستحق الاحلاف فيكون مفاد الصلح عليه هو الاسقاط .

ومنها ـ حق الغيبة ، وسائر أنواع الاهانة لأخيه المؤمن مما يوجب إدخال النقص عليه فانها تسقط بالاستحلال لو أسقط ، ولا ينقل ولا يورث . فالذي يترائى ـ في بادىء النظر أن هذه الافعال من الغيبة والشتم والايذاء ونحو ذلك ، أسباب توجب حدوث حق جديد للمغتاب ونحوه .

ولكن في الحقيقة ليس الأمر كذلك ، بل هي متلفات للحق الثابت له بأصل الشرع ، فهي من تضييع الحق وإتلافه ، وليس عليه إلاماضيعه من الحق التالف .

توضيح ذلك : إن للمؤمن ـ أو المسلم ـ حقوقاً على أخيه ، منها واجبة ومنها مندوبة . ومن الأول احترام عرضه ، فانه حق له مستمر على أخيه المسلم واحترام ماله من احترام نفسه . ولذا من لاحرمة له في نفسه لاحرمة لماله ، كالحربي الذي يملك ماله ، ولذا كان مكلفاً بالعبادات المالية كالخمس والزكاة ، وان لم يصح منه إلا بالاسلام ، غير أنه يجوز لنا مزاحمته في ماله ، لعدم احترامه . والمسلم ، وان كان ماله محترماً ، إلا أن زمام احترام ماله بيده ، فله إسقاطه لعدم منافاته لاحترام نفسه ، ولا كذلك احترام عرضه ، فليس بيده زمامه حتى يسقط باسقاطه . ولذا لاتحل غيبة من جعل الناس في حل من غيبته ، وحرمة عرضه مستلزمة لتحريم كل مايلزم منه عدمها ، لأنها موجب لاتلاف حقه وتضييعه وعليه بدل التالف لاحق جديد ، ووجوب الاستحلال مع عدم المحذور ـ لو قلنا به ـ فانما هو للتخلص عن ضمان البدل الأخروي من تحمل ذنوبه أو تحويل حسناته اليه ، كما ورد في بعض الأخبار ، وهو أمر آخر ، مع أنه يحتمل أن يكون ذلك كله أصلا وفرعاً من الأحكام ، وان اطلق عليها لفظ الحق فتأمل:

ومنها ـ حق الشفعة الذي دل الاجماع ـ بقسميه ـ والسنة المستفيضة

بل المتواترة معنى - على ثبوته للشريك ببيع شريكه حصته ، فله سلطنة انتزاع المبيع - قهراً - من المشتري بنفسه ، وهو يسقط بالاسقاط ، اجماعاً من المسلمين لكونه رخصة ، لاعزيمة ، شرع ارفاقاً للشفيع بدفع ضرر الشركة عن نفسه ، ولعدم كون الموجب له علة تامة ، وينتقل بالارث على الأشهر - بل المشهور - للاجماع المحكي نصاً وظاهراً ، المعتضد بالشهرة العظيمة ، وللنبوي المنجبر : « ماترك الميت من حق فلوارثه » (١) المؤيد بعمومات أدلة الارث ، كتاباً وسنة .

وأما نقله بمعنى تحويله منه الى غيره ، فلم اعثر على من جوزه ، بل الظاهر ، اتفاقهم على عدمه ، من غير فرق بين نقله مستقلا اومنضما الى حصته .

وفي سقوطه ببيع حصته ، فللمشتري الشفعة فيه أو بقاؤه للاصل مع كون الشركة علة الحدوث دون البقاء - وجهان : ولعل الأول هو الأقوى

نعم يصح الصلح المتضمن للاسقاط عليه مطلقاً ، ولو من الاجنبي فيسقط بمجرده من دون حاجة الى إنشاء الاسقاط ، إلا اذا صالحه على نفس الاسقاط فيجب عليه فعله ، ولا يسقط بدونه ، ولكن ، لو تركه وأخذ بحقه ، ملكه ، وإن أثم بالترك . ومثله مالو وقع الصلح على مجرد ترك استيفاء الحق دون نفس الحق ، فله استيفاؤه لبقاء الحق بالفرض ، وان أثم به .

اللهم إلا أن تدعى الملازمة بين السقوط والالتزام بعدم الاستيفاء ولكنه على عهدة مدعيها .

نعم يبقى هنا سؤال الفرق بين الانتقال القهري بالارث والنقل الاختياري الى الاجنبي بأحد النواقل منضما معه حصته - ايضا - كي ينتقل

(١) راجع : كتاب الرياض للسيد الطباطبائي : ج ١ فصل ٣ الخيار ، باب أن الخيار يورث .

في الأول ، ولا ينتقل في الثاني مع اتحادهما في تحقيق الشركة وتجددها ، ولعله لكون الارث مرجعه الى قيام الوارث مقام المورث ، وتنزيله منزلته . ولذا كان له ماترك من حق ، ولا كذلك النقل بالنواقل ، فانه من تحويل الملك من المالك الى غيره ، لامن قيام الغير مقام المالك .

وان أبيت عن ذلك ، فنقول : الفارق بينهما هو قيام الدليل على ثبوت هذا الحكم المخالف للاصول والقواعد في الانتقال القهري من الاجماع وغيره وعدم قيامه في غيره مع منع عموم يقضي بصحة النقل في كل حق إلا ماخرج ، مع أنه قد يقال : إن مرجع الشك ـ هنا ـ الى الشك في القابلية التي لايمكن إجراؤها بالعموم ، لو فرض وجوده ـ فتأمل ـ .

ومنها ـ النفقات . والاقرب : أن بعضها حقوق ، وبعضها أحكام

أما نفقة الزوجة ، فهي من الحقوق ـ قطعاً ـ لاطلاق الحق عليها في بعض النصوص . ولذا تقضى لو أخل بها الزوج مع تمكينه من نفسها ـ إجماعاً ـ بقسميه ، ومنقوله فوق الاستفاضة ، معتضداً بدعوى غير واحد عدم الخلاف فيه ، فيسقط بالاسقاط وينقل بالنواقل وينتقل بالارث كغيره من الديون .

وأما نفقة الاقارب من الأبوين ـ مطلقاً ـ أوالأدنين منها والاولاد ، فالأقرب إنها من الأحكام ، إذ غاية مايستفاد من أدلتها وجوب البذل للمواساة وسد الخلة ، ولذا لايقضيها من وجب عليه البذل لو أخل به ، وإن أثم ـ بلاخلاف ـ كما عن جماعة بل اجماعاً كما عن غير واحد (١)

(١) قال المحقق في (الشرائع آخر كتاب النكاح باب القول في نفقة الاقارب « .. ولاتقضى نفقة الأقارب لأنها مواساة لسد الخلة فلاتستقر في الذمة » . وقال سيدنا في (الرياض ـ في هذا الكتاب والباب) . « ... وتقضى نفقتها (اي الزوجة) دون نفقتهم (اي الاقارب) بلاخلاف في شيء من ذلك ، بل حكى جماعة الاجماع =

وليس إلا لما ذكرناه من كونه حكماً لاحقا ، والا فاصل في الحقوق المالية أن تقضى ، ودعوى الخروج عنه في المقام بالاجماع وأنه من الاجماع على خلاف القاعدة - كما صرح به شيخنا في (الجواهر) [1] ممنوعة جداً ، إذ لاموجب للالتزام بكونه حقا ، حتى نلتزم بالخروج عن القاعدة للاجماع. وحينئذ ، فلا تسقط بالاسقاط ولا تنقل بالنواقل . ومثلها نفقة المملوك ، فانها تجب على المالك للمواساة وسد الخلة - ايضا - مضافاً الى عدم إمكان فرض حق له عليه .

ومنها - الوصية التي هي عبارة عن إعطاء ولاية التصرف للوصي من الموصي في ثلث ماله بعد الموت . فهي من الحقوق ، لأنها منتزعة من سلطنة المالك في ملكه ، بل هي هي بعد تنزيل الوصي منزلة الموصي بأدلة الوصية ، فانتقل منه ماكان له من ملكية التصرف اليه ، فهي لاتسقط ولا تنقل بوجه من الوجوه :

= عليه وهو الحجة فيه مع النص الآتي في الأول مع تأمل يظهر وجهه . وعللوا الثاني بأن وجوب النفقة فيه على وجه المعاوضة في مقابلة الاستمتاع بخلاف نفقة القريب فانها انما وجبت للمواساة ورفع الخلة ... فلا تستقر في الذمة ولا يجب قضاؤها ، وبمثل هذا الحكم والتعليل في اللمعة وشرحها للشهيدين والجواهر - في نفس الكتاب والباب - .

(١) قال شيخنا في (الجواهر - كتاب النكاح ، باب نفقة الاقارب) في شرح قول المحقق (ولا تقضى نفقة الاقارب) « ... نعم قد يشكل أصل عدم وجوب القضاء بأن الأصل القضاء في كل حق مالي لآدمي ، ودعوى كل الحق هنا خصوص السد الذي لا يمكن تداركه ، واضحة المنع بعد اطلاق الأدلة المزبورة وحرمة العلة المستنبطة عندنا ... فالعمدة حكم الاجماع فهو مع فرض تماميته في غير المفروض » :

ولعل مثلها الوكالة على بيع الرهن في ضمن عقد الرهانة ، فانه من التولية عليه دون التوكيل ، ولذا لايملك عزله ـ على الأقوى ـ بخلاف غيره من العقود اللازمة لو اندرجت وكالة فيه ، فانه يملك عزله وينعزل به ، وإن أثم فيه ـ على رأي قوي ـ بل ولو شرط عدم نفوذ العزل كان من الشرط الفاسد الموجب للخيار ، ضرورة منافاته لماهية الوكالة وحقيقتها التي هي عبارة عن مجرد الاذن الخاص في التصرف ومحض الرخصة فيه ولذا كان جواز التصرف فيها من الاحكام لامن الحقوق . ولتفصيل الكلام فيه محل آخر . وبالجملة ، غير بعيد دعوى الفرق بين جعله وكيلا على بيع الرهن في عقد الرهانة ليحصل الوثوق التام بالاستيفاء والوكالة على غيره في سائر العقود اللازمة بجعل الأول من التولية التي لابأس بها لو قلنا بأنه لايملك عزله ، والثاني من الوكالة التي ينافيها عدم نفوذ العزل فيه.

ومنها ـ إجازة المالك في بيع الفضولي ، فانها من الاحكام لأن معناها إمضاء البيع الواقع في ملكه ، فهو كما لو باعه بنفسه من الآثار المتعلقة بنفس السلطنة التي هي له ، ومثلها الرد الذي مرجعه الى إبقاء ملكه على ماكان ، وكل من النقل والابقاء من الأحكام ، لامن الحقوق :

هذا ماوسعني من الكلام في هذا المقام على تشتت البال وضيق المجال وهو الموفق للسداد والهادي الى سبيل الرشاد .

التعليق

بسم الله الرحمن الرحيم

وصلى الله على محمد وآله الطاهرين ولعنة الله على أعدائهم أجمعين من الآن إلى قيام يوم الدين .

قال سيدنا الحجة خالنا المرحوم السيد محمد آل بحر العلوم ـ تغمده الله برحمته وأسكنه فسيح جنته ـ في رسالته في (تحقيق الفرق بين الحق والحكم) : « أما الحكم فهو جعل بالتكليف او الوضع » الى أن يقول ـ قدس سره ـ : « وأما الحق فهو يطلق مرة ـ في مقابل الملك وأخرى مايرادفه ... » الى آخر كلامه ـ رحمه الله ـ :

أقول : قد يطلق الحق على عنوان عام شامل لكل ماجعله الشارع المقدس بالجعل التأسيسي ، والإمضائي . وهو بهذا الاطلاق عبارة عن التحقق والثبوت : ويشمل الحكم الشرعي تكليفاً وامضاء :

وله إطلاق آخر أخص من هذا العنوان العام في اصطلاح الفقهاء ، خصوصاً المتأخرين منهم ، وهو عبارة عن مرتبة ضعيفة من الملك ، وإضافة ناقصة مجعولة من المالك الحقيقي ـ تبارك وتعالى ـ لذي الحق ، أعم من وجود من عليه الحق أو عدمه :

وعبر عنها بعض المعاصرين بالملكية غير الناضجة ، وهو تعبير حسن فان المرتهن للعين المجعولة من الراهن وثيقة لدينه الذي له عليه ـ وان كان ذا إضافة وسلطنة عليها ـ ومن هنا يمنع الراهن من التصرف فيما ملكه من العين المرهونة ـ مطلقاً ـ او خصوص التصرف المنافي لحق المرتهن ـ على

الخلاف - ولكن ليس للمرتهن بالنسبة الى الرهن من التصرف فيه ، سوى استيفاء دينه منه ببيعه واخذ مقدار حقه من ثمنه عند امتناع تحصيله من المديون . وكذا من له الخيار في عقد البيع - مثلا - فانه - وان كان ذا حق متعلق بالعقد وسلطنة عليه من حيث القدرة على فسخه واقراره او متعلق بالعين التي خرجت عن ملكه الى ملك طرفه بالتسلط على إعادتها الى ملكه بفسخ العقد ، ومن هنا يمنع طرفه من التصرفات المنافية لحقه فيما انتقل اليه وملكه بالعقد - لكن حقه المجعول له لايتجاوز التسلط على فسخ العقد أو اقراره ، او التسلط على استرجاع العين التي نقلها الى طرفه اليه - بناء على تعلق حقه بنفس العين المنقولة الى طرفه -

وهكذا كل من له حق بالمعنى الأخص ، فان له شأناً من شؤون الملك . فان من له حق الشفعة فيما باعه شريكه في شركته ، له أخذ الشقص (١) وتملكه من مشتريه بما اشتراه من الثمن - قهراً عليه - ومن حجر على موات من الأرض ، أو سبق الى وقف على عنوان يشمله ، فأشغله بنفسه أو بمتاعه ، فاله من الحق هو اختصاصه به وعدم الحق لآخر في مزاحمته عليه ، وان كان ممن يشمله عنوان الموقوف عليه - بناء على ماهو المشهور من كون ذلك من قبيل الحقوق - وان احتمل سيدنا المصنف بل قوى كون ذلك من قبيل الأحكام - على ماسبق من رسالته - فراجع

ومثله حق الاختصاص فيما لم يكن متمولا من الأشياء كالخمرة القابلة للتخليل ، ونحو ذلك :

والحاصل : إن العلقة والاضافة الحاصلة بين المضاف والمضاف اليه اذا كانت تامة صالحة لأنحاء التقلبات تسمى ملكاً . واذا كانت ناقصة

(١) الشقص - بالكسر - السهم والنصيب، مأخوذ من قولهم : شقص الذبيحة أى قطعها سهاماً معتدلة بين الشركاء .

لاتصلح إلا لنحو من التقلب لقصور في نفسها أو متعلقها - تسمى حقاً ، كالاضافة الحاصلة للمرتهن بالنسبة الى العين المرهونة والحاصلة للشفيع بالنسبة الى حصة شريكه المبيعة في شركته ، فان المرتهن ليس له سوى استيفاء دينه من الرهن اذا لم يفه المديون . والشفيع ليس له من السلطنة الا تملك ما اشتراه المشتري من الحصة بالثمن الذي اشتراه به . وكذا الاضافة الحاصلة لذى الخيار ، فانه - بناء على تعلق حقه بما خرج عن ملكه الى ملك طرفه - ليس له الا التسلط على اعادته الى ملكه بفسخ العقد .

وأما بناء على تعلق حقه بالعقد وتسلطه على فسخه واقراره ، فالقصور في متعلق الاضافة :

ونظيره من هذه الجهة : حق التحجير على موات من الارض وحق السبق الى مكان مباح أو وقف عام ، فان الموات لايملك بالتحجير عليه ، والمباح والوقف لايملكان بالسبق اليها . وغاية مايحصل لمن حجر أو سبق حق اختصاص فيما حجر عليه أو سبق اليه لايجوز غصبه منه ومزاحمته عليه .

ثم ان المائز بين الحكم والحق : هو ان الحكم لايسقط بالإسقاط اذ هو مجعول من الشارع المقدس على موضوعه ، فزمامه بيده ، وامر وضعه ورفعه اليه بخلاف الحق ، فان قوامه قابليته للاسقاط والعفو ممن جعل له وهو - وان كان كالحكم من حيث الجعل من الشارع الاقدس - إلا أن نحو الجعل مختلف ، فان الحق جعل لصاحبه بنحو يكون زمامه بيده ، فله الأخذ به ، وله العفو والإسقاط ، بخلاف الحكم فانه مجعول من الشارع المقدس على موضوعه بنحو يكون رفعه بيد جاعله كوضعه :

وبالجملة : فان الحق سلطنة مجعول زمامها بيد ذى الحق فله القدرة على الإعمال والاسقاط .

فما ذكره سيدنا الخال ـ قدس سره ـ حيث يقول : « منها ـ أي من الحقوق ـ : مالا يجوز عليه شيء من ذلك فلا يسقط بالاسقاط ولاينقل بالنواقل ولا ينتقل بالارث كحق الابوة وولاية الحاكم ، وحق الاستمتاع بالزوجة وحق الجار على جاره والمؤمن على أخيه فانها حقوق لاربابها لاتسقط ولا تنتقل بوجه من الوجوه » انتهى .

قابل للمناقشة ، اذ الحق الذي هو سلطنة ضعيفة على الشيء ومرتبة ناقصة من الملك بجميع اقسامه وأنحائه ، قابل وصالح للاسقاط بمقتضى طبعه ـ كما حكي ذلك عن شيخنا الشهيد ـ قدس سره ـ وجعل ذلك هو الضابط في الفرق بين الحكم والحق ،

وما افاده سيدنا : من تنظير مالا يسقط بالاسقاط بحق الأبوة وولاية الحاكم ... الى آخر ماذكره من الامثلة :

غير واضح ، فان جملة ماذكر من الأمثلة ليس من الحق بالمعنى المصطلح الذي هو مرتبة ناقصة من مراتب الملك وانما هي من قبيل الأحكام

فان مامثل به من (حق الأبوة) إن كان مراده بحق الابوة وجوب إطاعة الولد للاب وحرمة معصيته مما كان مستلزماً لعقوقه وسخطه ، فانه ليس من قبيل مانحن فيه من الحق الذي هو بمعنى الملكية الضعيفة ، وانما هو حكم شرعي الزامي على الولد بالنسبة الى والديه ثبت بدليله الخاص ـ احتراماً لهما وجزاء على احسانها اليه ، كما أنه لو كان المراد سلطنته على التصرف في مال ولده الصغير بما يحصل به حفظه عن التلف وما يرجع الى مصلحته من البيع او الشراء له بما له ، ونحو ذلك ، فانه ـ أيضا ـ من الحكم الشرعي الثابت بدليله للاب فيما يرجع الى مال الولد والترخيص في تصرفه فيه ونفوذه عليه ، وليس من الحق الاصطلاحي المذكور لمن له الحق مما يعود فيه نفع لذي الحق .

نعم ، ثبت للاب عند مسيس الحاجة - جواز أخذ مال الولد وصرفه على نفسه وعلى من يعول به ، مالم يكن مجحفاً ومسرفاً في ذلك .

فعن الشيخ - قدس سره - باسناده « عن محمد بن مسلم عن أبي عبد الله - صلوات الله عليه - قال : سألته عن الرجل يحتاج الى مال ابنه قال عليه السلام يأكل منه ماشاء من غير سرف » قال وقال - ع - وفي كتاب علي (ع) : إن الولد لايأخذ من مال والده شيئاً إلا باذنه ، والوالد يأخذ من مال ابنه ماشاء . . . الى قوله : وذكر أن رسول الله (ص) قال لرجل: أنت ومالك لأبيك » .

وعن أبي حمزة الثمالي عن أبي جعفر عليه السلام : « أن رسول الله (ص) قال لرجل : انت ومالك لأبيك ، ثم قال أبو جعفر عليه السلام : ماأحب أن يأخذ من مال ابنه إلا ما احتاج اليه مما لابد منه ، إن الله لايحب الفساد » (١).

ولعل سيدنا - قدس سره - يريد من حق الأبوة ماذكرناه - أخيراً - وعلى كل ، فالظاهر كون ذلك - ايضا - ليس من الملك الضعيف الذي هو حق اصطلاحاً ، وانما هو حكم من الشارع وترخيص منه بأخذه مايحتاج اليه من مال ابنه عند الحاجة الماسة اليه ، ولا معنى لسقوطه بالاسقاط ولا نقله بالنواقل ، ولا انتقاله بالإرث .

وأما ولاية الحاكم ، فما لا إشكال فيه كون الفقيه الجامع للشرائط له ولاية التصرف في مال الطفل والغائب - في الجملة - لمصلحتها - وسيأتي

---

(١) راجع هذين الحديثين في كتاب التهذيب - المكاسب - ج ٦ ص ٣٤٣ طبع النجف الأشرف .

وحديث « انت ومالك لأبيك » تذكره عامة الصحاح عن النبي (ص) راجع كشف الخفاء للعجلوني : ج ١ ص ٢٠٧ حديث (٦٢٨)

بيانه في مبحث الولاية . وهي بالمعنى المذكور ليست من الحق الاصطلاحي ايضاً ، وانما ذلك حكم من الشارع وترخيص منه للحاكم في التصدي لذلك رعاية لمصلحة المولى عليه ، ولا يعود منه نفع للحاكم غير الأجر والثواب :

وأما حق الاستمتاع للزوج بالنسبة الى زوجته ، فعدم كونه من الحق - بمعنى الملك - واضح ، فان مرجعه الى حكم من الشارع على الزوجة بعدم جواز امتناعها وترفعها عن ذلك عند ارادة الزوج له فيما لو كان ملتزماً بحقوقها الواجبة عليه ، ولا مناسبة بينه بالمعنى المذكور - وبين الحق بمعنى الملك .

كما أن مرجع حق الجار على جاره أوالاخ المؤمن على أخيه : المحافظة على مقام الاخوة والجوار وعدم التصدي الى ماينافيه .

وبالجملة ، هذه الحقوق ونظائرها ، وما ذكره سيدنا بعد ذلك من حق الغيبة والايذاء بضرب وشتم أو إهانة او نحو ذلك : الظاهر أنها من الأحكام ، وليست من الحقوق بمعنى الملك ، ووجوب الاستحلال من المستغاب أو المتاذي أو المهان - على فرضه - انما هو من جهة ظلمه بهتك عرضه أو إيذائه ونحوه ، لا لثبوت حق مملوك له عليه .

كما أن حق التولية المجعول من الواقف للمتولي على الوقف وحق الوصاية المجعول من الموصي لشخص خاص على أطفاله أو على التصرف في ثلث ماله ، ونحو ذلك مما يكون من شؤون ولايته على الأطفال وسلطنته على نفسه او على ماله ، كل ذلك - على الظاهر - أنها من قبيل الحكم لا الحق بالمعنى المصطلح .

وما ثبت بالدليل أن الموصى اليه له رد الوصية في حياة الموصي فتبطل وصايته بشرط بلوغ الرد للموصى ، وإمكان نصبه غيره على وجه موافق للاحتياط

ليس ذلك من حيث كون الوصاية حقاً للوصي والرد إسقاطاً له وإلا لجاز له ذلك وصلح ـ مطلقاً ـ بلا شرط .

وبالجملة ، فالظاهر أن الولايات على إطلاقها وشعبها المجعولة ممن له الجعل والنصب لأشخاص او انواع من حيث الترخيص في تصرفاتهم في مال الغير أونفسه وصحتها ونفوذها ـ ومنها باب الوصاية ـ من قبيل الأحكام الثابتة لموضوعاتها في مواردها ـ ترخيصاً أو إمضاء ـ ومن هنا لا تقبل الإسقاط ، فهي من قسم الحق بالمعنى العام ، لامن الحق بالمعنى الأخص الذي هو من مراتب الملك القابل للاسقاط بمقتضى طبعه :

فما ذكره سيدنا ـ قدس سره ـ: « من أن الوصية من الحقوق ، لأنها منتزعة من سلطنة المالك في ملكه ، بل هي هي بعد تنزيل الوصي منزلة الموصى بأدلة الوصية ، فانتقل منه ماكان له من ملكية التصرف فهي لاتسقط ولا تنتقل بوجه من الوجوه ... »

غير واضح ، فان أصل سلطنة الشخص على ماله من قبيل الحكم المجعول من الشارع بقوله : « الناس مسلطون على اموالهم » لامن الحق بمعنى الملك الضعيف ، ولذلك لايسقط بالإسقاط فكيف ماينتزع منها ويتفرع عليها ؟..

نعم ربما يكون بعض ماهو حق بالمعنى الأخص غير قابل للاسقاط عمن هو عليه ، فيكون ـ من هذه الجهة ـ بمنزلة الحكم في عدم قبوله للاسقاط . وذلك كحق الخمس والزكاة المتعلق بمال الغير لأربابه ومستحقيه ـ بناء على كونهما من الحق ـ بالمعنى الأخص كما هو الأقوى ـ

وقبل بيان وجه عدم قابلية هذا النوع من الحق للاسقاط ـ مع أنا ذكرنا أن قوام الحق قبوله للاسقاط ـ : لابد من توضيح نحو هذا النوع من الحق وكيفية تعلقه بموضوعه ، فنقول :

لا إشكال ـ بل لاخلاف ـ في عدم كون الحق المذكور من قبيل

التكليف الصرف ومحض الوجوب على المالك نظير وجوب نفقة الأقارب وانما هو من قبيل الوضع .

وعليه ، فهل الحق المذكور إنما يتعلق بذمة المالك والعين الزكوية ، مثلا ليست محقوقة به ؟ ربما يحكى عن بعض الأصحاب ذلك ، وينسب الى بعض العامة وهو خلاف ظاهر آية الزكاة ، وآية الخمس . بل خلاف صريح بعض الأخبار ، وكلمات الأصحاب ، والفروع المتسالم عليها عندهم فانها صريحة بتعلق الفريضة بنفس العين .

وعليه ، فهل الحق المذكور المجعول لأربابه من قبيل الملك في العين وأن الفقراء - مثلا - يملكون قسطاً من مال المالك بنحو الشركة الحقيقية والكسر المشاع - كما نسب الى ظاهر المشهور - أومن قبيل الكلي في المعين كما يظهر من بعض آخر - ولعل ذلك لما يظهر - من بعض الاخبار من قولـه - عليه السلام - « ... فيما سقت السماء العشر » (١) و « في كل عشرين مثقالا من الذهب نصف مثقال » (٢) وقوله عليه السلام : « إن الله تعالى شرك بين الأغنياء والفقراء في الأموال » وقول علي عليه الصلاة والسلام - كما في نهج البلاغة فيما كان يكتبه لمن يستعمله على الصدقات - : « فان كان له ماشية أوابل فلا تدخلها إلا باذنه ، فان اكثرها له » (٣)

---

(١) بهذه الالفاظ وبقريب منها يذكر الحديث عن النبي (ص) في عامـة كتب الصحاح ، وكتب الأخبار في كتاب الزكاة باب زكاة الغلاة .

(٢) بهذا اللفظ وبهذا المضمون ذكره (الكافي في كتاب الزكاة ، باب زكاة الذهب والفضة) .

(٣) راجـع : شرح ابن أبي الحديد (ج ١٥ ص ١٥١) طبع دار احياء الكتب العربية .

حيث أن الظاهر منه : ان بعضها - وهو ماعد الاكثر - للمستحق ، جعله الله له ...

الى غير ذلك من أخبار الزكاة وأدلة الخمس ، كالآية الشريفة « واعلموا أن ماغنمتم من شيء فأن لله خمسه ... » (١)

وما عن الشيخ والكليني - قدس سرهما - في الصحيح : « عن محمد ابن مسلم - رضي الله عنه - عن أبي جعفر عليه السلام قال سألته عن معادن الفضة والصفر والحديد والرصاص ؟ فقال - عليه السلام - عليها الخمس جميعاً » (٢) .

وأظهر منها صحيح الحلبي - رض - في حديث قال : « سألت أبا عبدالله - عليه السلام - عن الكنز : كم فيه ؟ قال عليه السلام الخمس ، وعن المعادن : كم فيها ؟ قال عليه السلام الخمس ، وعن الرصاص والصفر والحديد وما كان من المعادن كم فيها ؟ قال : (ع) : يؤخذ منها كما يؤخذ من معادن الذهب والفضة ... » (٣).

الى غير ذلك مما هو ظاهر في الشركة في المال بنحو الكسر المشاع

هذا ، ولكن الالتزام بذلك والأخذ بهذا الظهور لايجتمع مع بعض التصريحات والامارات في غير واحد من الاخبار ، وكلمات الاصحاب والفروع المسلمة عندهم على الظاهر ، بل لايتناسب مع آية الزكاة من قوله تعالى: « انما الصدقات للفقراء والمساكين ... » الخ فان ظاهرها ومفادها : أن

---

(١) سورة الانفال / ٤١

(٢) راجع : التهذيب للشيخ الطوسي (ج ٤ ، كتاب الزكاة ، باب الخمس والغنائم) حديث (٣٤٥) طبع النجف الاشرف .

(٣) راجع : التهذيب للشيخ الطوسي (ج٤ص ١٢١ باب الخمس والغنائم) طبع النجف الاشرف .

مافرضه الله تعالى في اموال الاغنياء للفقراء هو صدقة يجب على الغني دفعها من ماله تقرباً الى الله تعالى ، ولامحصل للتصدق على شخص بما يملكه فعلا :

هذا مضافاً الى أن الظاهر ان استحقاق الفقير في الاموال التي يستحب أداء زكاتها كمال التجارة والخيل والإناث وما يكال أويوزن من الحبوب عدا الغلاة الأربع وغير ذلك مما يستحب اداؤه ، مساوٍ لما فرض فيه الزكاة كالغلاة الاربعة والانعام الثلاثة والنقــدين ـ كما يشهد بذلك إشتمال بعض الروايات الواردة في بيان ماثبت فيه الزكاة على الواجب والمستحب (١) فان الظاهر من سياقها إتحاد نحو الاستحقاق غير أن بعضه فرض والآخر ندب وهو ماسوى الأعيان التسعة .

ومن المعلوم عدم امكان الشركة الحقيقية والملكية الفعلية في المستحب أداؤه ، على ان المال المشترك بين مالكين بنحو الاشاعــة ليس لأحدهما التصرف فيه إلا باذن الشريك .

ولا إشكال بل الظاهر عدم الخلاف في جواز تصرف المالك فيما عدا مقدار الزكاة من النصاب مع العزم على الأداء من الباقي .

بل الذي يظهر من صحيحة عبد الرحمان ، صحة بيع جميع النصاب ولزومه لو أدى البائع مقدار الزكاة من ماله للآخر ـ وأن مايؤديه هو عين الزكاة لابدلها : قال قلت لأبي عبد الله عليه السلام : رجل لم يزك إبله أوشاته عامين ، فباعها على من اشتراها أن يزكيها لما مضى ؟ قال (ع) : نعم يؤخذ زكاتها ويتبع بها البائع أو يؤدي زكاتها البائع » (٢)

(١) راجع ذلك في كتاب وسائل الشيعة للحر العاملي أوائل كتاب الزكاة بأبواب متفرقة .

(٢) وسائل الشيعــة : ج ٦ كتاب الزكاة ، باب لو باع النصاب قبل أداء الزكاة طبع جديد طهران .

ومن الواضح أن مؤدى هذه الصحيحة لايجتمع مع الشركة الحقيقية بل ولا مع الملكية الفعلية ، ولو كانت بنحو الكلي في المعين فان مقتضى ذلك كون البيع المذكور بالنسبة الى مقدار الفريضة فضولياً يتوقف نفوذه على اجازة من له الولاية على الزكاة ، فيأخذ من الثمن للمستحق مقدار حصته ، ولايجدي في نفوذه اداء البائع مقدار الزكاة من ماله الآخر كما هو مفاد الصحيحة المذكورة .

ثم ان ظاهرها من حيث سكوتها عن نماء حصة المستحق في المدة المذكورة في السؤال : أنه ليس على المالك أداء الموجود منه ، ولا ضمان ما استوفاه اوفات وتلف تحت يده ، وأنه ليس عليه إلا أداء الزكاة فقط ، وهو خلاف ماتقتضيه قاعدة تبعية النماء للملك .

وبالجملة : فالذي يستفاد من الآية الشريفة ، ومجموع الأخبار والفروع المتسالم عليها من الأصحاب : أن فريضة الزكاة متعلقة بالعين لا بالذمة ، وان تعلقها لم يكن بنحو الملك الفعلي في العين - لابنحو الشركة الحقيقية ولا بنحو الكلي في المعين - وانما هو حق معين فرضه الله تعالى على المالك متعلق بماله المعين. وعلى ما استظهره الاستاذ النائيني - قدس سره - في تعليقته على العروة الوثقى : كونه حقا متعلقا بمالية النصاب ، لا ملكا في العين بشيء من الوجهين [١] وعليه فيلزم المالك أداؤه من نفس العين أو من ماله الآخر ، فهو ملك للمستحق شأنا لافعلا .

وباصطلاح الفقهاء : حق ، لاملك . وعلى ماعبر به البعض: ملك غير ناضج .

ثم ان الظاهر عدم كونه من قبيل حق الرهانة حيث أن مرجع كونه من قبيله : أن فريضة الزكاة في ذمة المالك ، والعين الزكوية وثيقة عليها

(١) أي الآنفي الذكر ، وهما : الشركة الحقيقية ، والكلي في المعين .

كما أن الرهن وثيقة على الدين الذي هو في ذمة الراهن ، ومن آثاره كون المالك ممنوعاً من التصرف في شيء من النصاب مادام لم يؤد الفريضـــة ، كما أن الراهن ممنوع من التصرف في الرهن قبل فكـه من الرهانة ، كما أن مقتضاه كون تلف النصاب بلا تفريط كـلاً او بعضاً إنما يكون من المالك ، ولا يرد شيء منه على المستحق ، كما أن تلف الرهن بلا تفريط انما هو من الراهن ، ولا ينقص شيء بسببه من دين المرتهن .

وكل ذلك خلاف ماهو المتسالم عليه في باب الزكاة .

أما كون فريضة الزكاة متعلقة بذمة المالك فلم ينقل عن أحد معين من أصحابنا ، نعم عن ابن حمزة نسبته الى بعض غير معين . بل المتسالم عليه بينهم أنها متعلقة بالعين - على اختلاف مشاربهم في نحو التعلق - :

وأما منـع المالك من التصرف في النصاب قبـل أداء الفريضة فانه لا إشكال في جوازه فيما سوى مقدار الفريضة ، مع العزم على الأداء من الباقي : ولعله مما لاخلاف فيه :

نعم مقتضى القول بالشركة الحقيقية توقفه على اذن الحاكم الشرعي:

وأما ورود التلف - كلاً أوبعضاً - على المالك فقـط فهو مبني على تعلق الحق بالذمـة لا بالعين . وأما بناء على تعلقه بالعين ، فظاهر النص والفتوى : أن مايتلف من النصاب بلا تفريط من المالك يرد على المستحق منه بنسبة حصته من النصاب . نعم مع التفريط - ومنه تأخير دفعها وإيصالها الى المستحق مع التمكن من ذلك - يضمن المالك حصة المستحق .

وبالجملة فالظاهر عدم كون حق الزكاة من قبيل حق الرهانة ، كما انه ليس من قبيل حق الفقير بالمال المنذور التصدق به عليه ، إذلا إشكال في أن المال المنذور التصدق به لايجوز التصرف فيه بما ينافي الصدقة ، ويتعين على الناذر التصدق به . ولا يجـــدي إبداله بمال آخر . ولا إشكال ولا

إشكال ولا خلاف - على الظاهر - في جواز دفع معادل فريضة الزكاة من مال آخر .

هذا ، وليس تعلقها بالعين من قبيل تعلق حق غرماء الميت بتركته فان حق الغرماء غير المستوعب للتركة يتعلق بمجموع التركة بحيث لوتلف منها شيء وكان الباقي بمقدار دينهم على الميت ، كان لهم استيفاء الدين بكماله من الباقي ولا يرد عليهم النقص بسبب التلف - على الظاهر - وهذا بخلاف حق المستحق المتعلق بالنصاب ، فان تعلقه بنحو البسط والسريان في جميع النصاب بحيث لو تلف منه شيء بلا تفريط من المالك يسقط عن المالك جزء من الفريضة نسبته اليها كنسبة التالف الى مجموع النصاب .

وبعبارة أخصر : ان التلف - هناك - يختص به الوارث ، وهنا يتوزع على المالك والمستحق بالنسبة . ومنشأ هذا الاختلاف اختلاف سنخ الحق في الموردين بحسب مايستفاد من الأدلة ، فان الغرماء لهم دين معين على الميت اشتغلت به ذمته حال الحياة وقد جعل الله تعالى لهم حق استيفاء دينهم بتمامه من تركته - مهما بلغت قليلة كانت أم كثيرة - بقيت أم تلف بعضها - مادامت التركة وافية بذلك الدين .

وما هو للوارث من تلك التركة - حسب المستفاد من الأدلة كتاباً وسنة - متأخر عن حق الغرماء ، وفي طوله . ومقتضى ذلك ورود التلف على مايخص الوارث من المال المتروك وسلامة حق الغرماء ، ولا فرق في ذلك بين القول بأن التركة باقية على حكم مال الميت مادام الدين باقياً - وبين القول بأنها تنتقل الى الوارث محقوقة للغرماء :

وأما فريضة الزكاة ، فانها متعلقة بنفس النصاب لابذمة المالك - كما ذكرنا - ولا فرق بين ما يملكه المالك من النصاب وما يستحقه الفقير - مثلا - منه سوى أن ملكية المالك تامة فعلية ، وملكية المستحق ناقصة

شأنية معبر عنها بالحق - اصطلاحاً - وعلى كل هما في عرض واحد والتلف الوارد على العين كما يرد على ملك المالك كذلك هو وارد على متعلق حق الفقير - مثلا - فاختصاص مايتلف من العين بالمالك بلا وجه . نعم لو كان التلف بتفريط المالك - ومنه تأخير دفعها وايصالها الى المستحق عند التمكن من الدفع والاهمال في الأداء - فقد ذكرنا أن المالك ضامن لحصة المستحق

ففي صحيحة محمد بن مسلم - أوحسنته - : « قال : قلت لأبي عبدالله عليه السلام : رجل بعث بزكاة ماله لتقسم ، فضاعت هل عليه ضمانها حتى تقسم ؟ فقال عليه السلام : اذا وجد لها موضعاً فلم يدفعها فهو لها ضامن حتى يدفعها وان لم يجد لها من يدفعها اليه فبعث بها الى أهلها فليس عليه ضمان لأنها خرجت من يده وكذلك الوصي الذي يوصى اليه يكون ضامناً لما دفع اليه اذا وجد ربه الذي أمر بدفعه اليه ، وان لم يجد فليس عليه ضمان »[1] .

وصحيحة زرارة قال : « سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل بعث اليه أخ له زكاته ليقسمها فضاعت ، فقال : ليس على الرسول ولا على المؤدي ضمان قلت : فانه لم يجد لها أهلا ففسدت وتغيرت أيضمنها ؟ قال : لاولكن اذا عرف لها اهلا فعطبت أوفسدت فهو لها ضامن حتى يخرجها »[2]

هذا وليس تعلق حق الزكاة بالعين نظير تعلق ارش الجناية برقبة العبد الجاني خطأ ، وان كان يشبهه في الجملة من حيث ان مالك العبد يخير بين دفعه للمجني عليه أو وليه ليتملكه أو يتملك ماقابل الجناية فيما لو كان أرشها أقل من قيمته ، وبين أن يفديه بأرش الجناية او بأقل الأمرين من الارش وقيمته - على الخلاف مابين الشيخ قدس سره والمشهور

(١) (٢) الكافي للكليني : كتاب الزكاة ، باب (الزكاة تبعث من بلد الى بلد .:. فتضيع) حديث (١ ، ٤)

وعلى كل يتخير المالك بين دفعه وبين فدائه ، كما ان المالك - في باب الزكاة - يتخير بين دفع الفريضة من العين وبين القيمة - كما ان العبد الجاني يجوز بيعه ، ولكن نفوذه يتوقف على فك رقبته بأداء فدائه ، وإلا كان للمجني عليه أو وليه تملكه ، فيبطل البيع ، وكذلك العين المتعلقة لحق الزكاة لا مانع من بيعها ، وينفذ البيع لو أدى المالك الزكاة من ماله الآخر ، وإلا كان لمن له الولاية على الزكاة أخذها من العين فيبطل البيع بالنسبة الى مقدار الزكاة .

ولكن فرق حق الجناية عن الزكاة : أن حق الجناية ليس امراً مفروضا على مالك العبد يلزمه أداؤه لمستحقه ، وإنما هو كسائر الحقوق موكول لمن له الحق إن شاء أخذ به - وحكمه ماذكرنا - وان شاء عفا فيسقط بخلاف حق الزكاة فانه فرض من الله تعالى على مالك النصاب ، يلزمه أداؤه - من العين أو بدلها - لمستحقه ، وليس لأحد إسقاطه والعفو عنه من غير فرق بين من له الحق ، وبين من له الولاية عليه كالحاكم الشرعي

ولعل السر في ذلك : أن من له الحق لم يكن شخصاً معيناً جعل زمام الحق بيده كسائر الحقوق المجعولة لاشخاص معينين لهم الأخذ بالحق وإسقاطه ، وانما جعل هذا الحق لطوائف وأصناف .

وببيان آخر : الحق المذكور مجعول للكلي ، لا لفرد أو أفراد ، وإنما يملك الفرد ماوصل اليه من الحق ملكية فعلية تامة ، فمن جعل له الحق - وهو الصنف بنحو الكلي - لامعنى لإسقاطه ، والفرد أو الأفراد لا أثر لإسقاطهم ، إذ لم يجعل الحق لهم .

ومن هنا : ليس لهم أخذ الحق من المالك جبراً ، أو استيفاء بنحو من أنحاء الاستيفاءات ، كما يجوز ذلك للمغصوب حقه من الغاصب إلا باذن من الحاكم الشرعي ، وتوكيل خاص له بأخذ الحق من المالك الممتنع .

Baḥr al-'Ulūm, Muḥammad, 1845-1908.
بلغة الفقيه: مجموعة بحوث ورسائل وقواعد فقهية ... تسد ضرورة الفراغ في التشريع الاسلامي والفقه الأستدلالي ... تصنيف محمد آل بحر العلوم. شرح وتعليق محمد تقي آل بحر العلوم. ‏[الطبعة 3. النجف، مطبعة الاداب -1968]

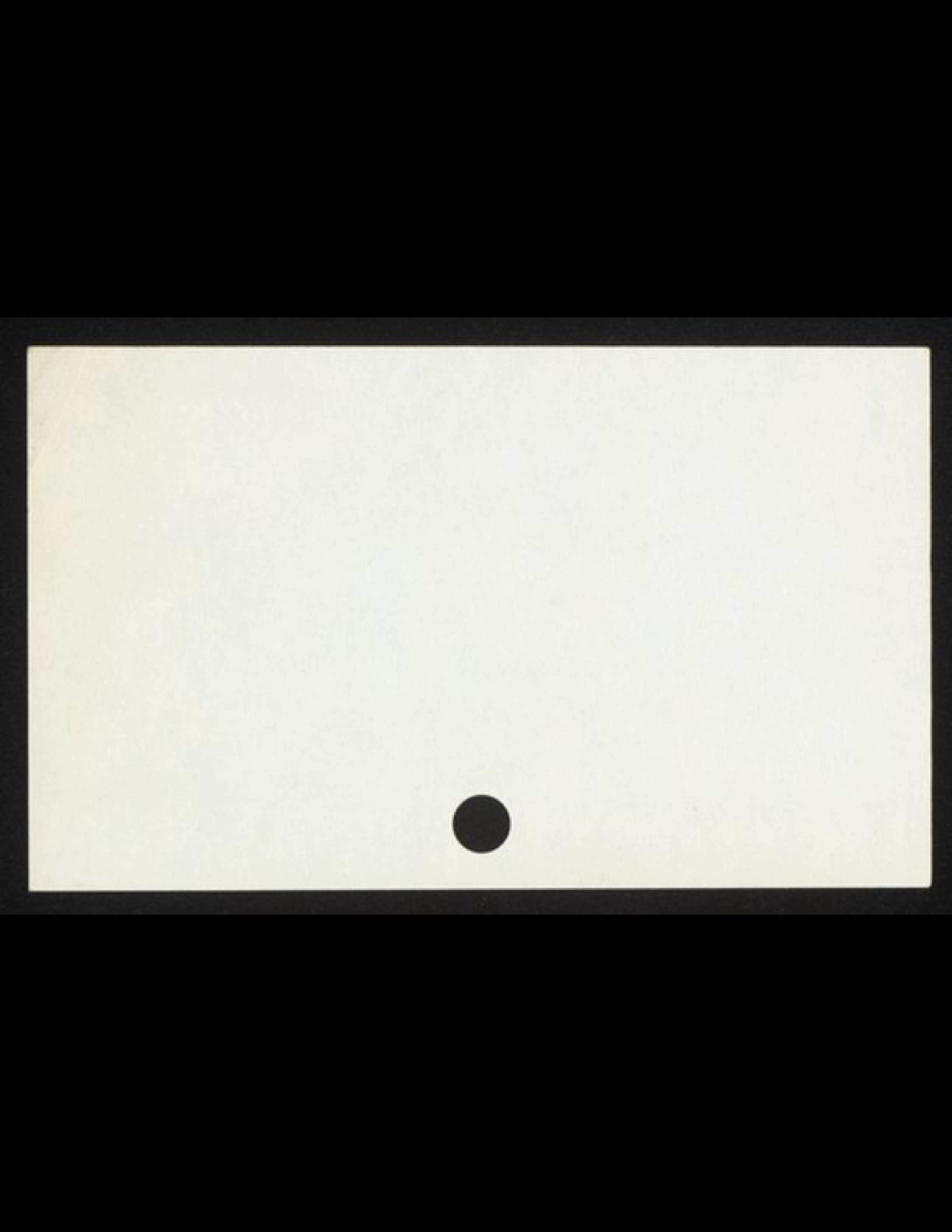
v. 25 cm. (مكتبة العلمين العامة، 9)

Bibliographical footnotes.

1. Islamic law. I. Baḥr al-'Ulūm, Muḥammad Taqī, 1900 or 1901, ed. II. Title.

Title romanized Bulghat al-faqīh.

N E 68-4079



PRINTED BY THE STANDARD REGISTER COMPANY, U.S.A. ZIPSET®

OHIO STATE UNIVERSITY LIBRARIES
1858 Neil Avenue - Columbus 10, Ohio

XXXX Dup	Ae	Av	Ser
LC No.			

DATE REC'D
June, 1970

DEALER
Princeton Univ

LOCATION
Main

FUND
HEA/69

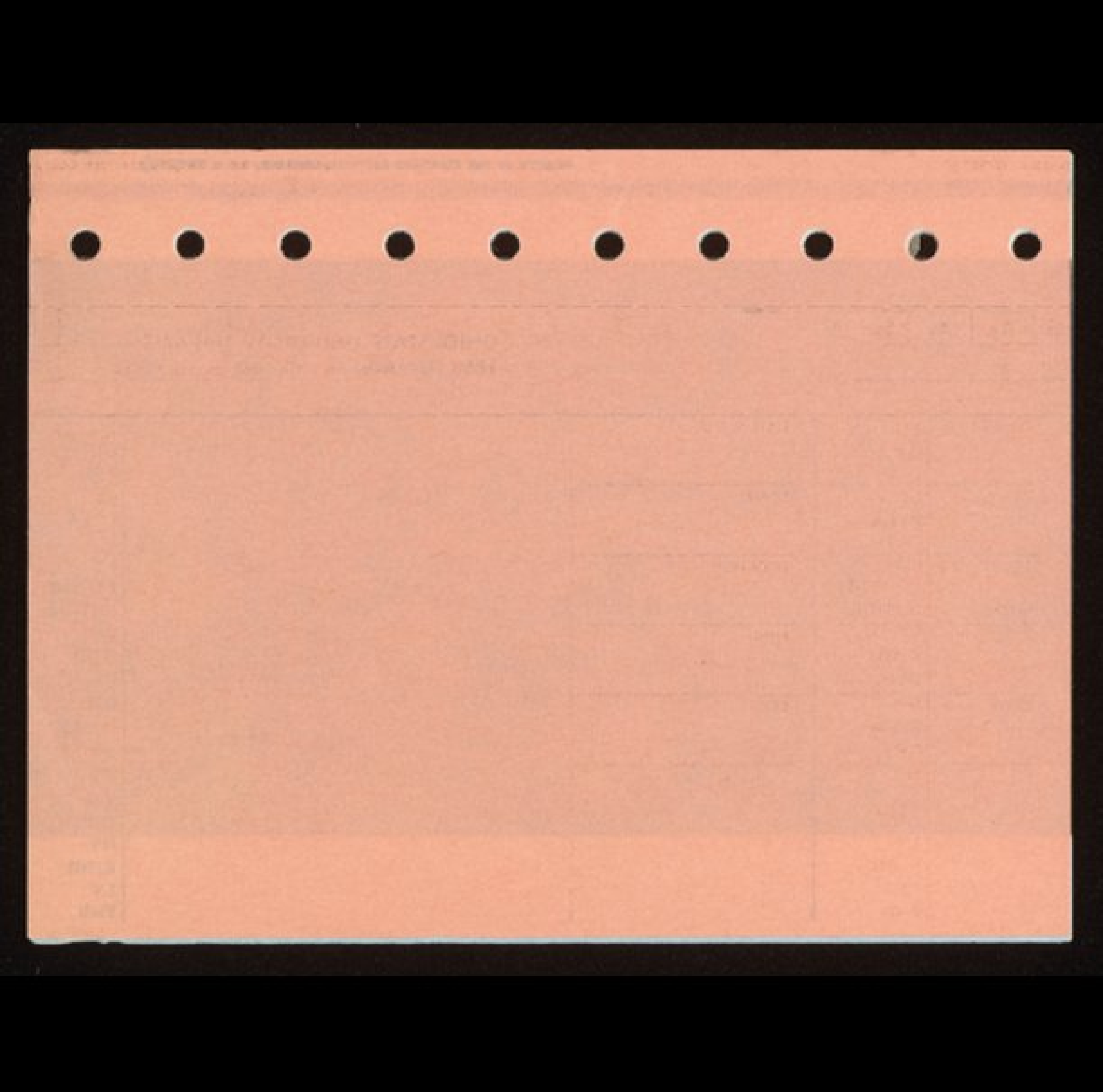
COST
$2.00

Bahr al-'Ulum, Muhammad.

Bulghat al-faqih. 3d ed. al-Najaf, Matba'at al-Adab, 1968-

Vol. 1

PC
OF
CSR
UC
PTLA
CBI
PW
LC NUC
NST/UL
RC
BNB
Bksl
BM
Biblio
LF
BF
BN
DNB
HV
K/DB
LV
Fich



وأما من لـه الولاية ـ على هـذا الحق ـ وهو الحاكم الشرعي ـ فولايته مقصورة على أخذ الحق ممن هو عليه ، وإيصاله لأربابه وصرفه في مصارفه ، ولا تتعدى ولايته الي جهة إسقاط الحق الذي هو خلاف مصلحة الأصناف وحكمة جعل ذلك الحق لهم .

ومن هنا : ليس له بخس حق المستحق بالمصالحة مع من عليه الحق على شيء يسير لايعادل الحق المجعول للمستحق .

والحاصل : إن هذا الحق من هذه الجهة كالحكم الشرعي على موضوعه غير قابل للاسقاط ، كما أنه غير قابل للانتقال الى الغير ـ لا بارث ولا بغيره ـ كما لايخفى ـ .

هذا وقد ظهر لك مما ذكرنا الوجه في عدم قابلية حق الزكاة للاسقاط والانتقال ، كما أنـه ظهر أن فريضة الزكاة من سنخ الحقوق ، وليست ملكاً في العين لابنحو الاشاعة ولا بنحو الكلي في المعين .

وظهر ايضاً أنه ليس من قبيل ماذكرناه من الحقوق وان كان ربما يشبه بعضها من بعض الجهات ، بل هو حق مستقل متعلق بمالية العين لابخصوصيتها ، فهو من هذه الجهة يشبه ارث الزوجة مما سوى الارض كالأبنية والنخيل والاشجار فانه حق متعلق بماليتها غير أنه من قبيل الملك الفعلي للزوجة ، وليس من سنخ الحقوق اصطلاحاً مما هو ملك شأناً ، اذ لاشبهة في اتحاد كيفية ارث الزوجة من الاموال المنقولة وغير المنقولة سوى أن ارثها من الأول يتعلق بالعين ، ومن الثاني يتعلق بماليتها وقيمتها ولا اشكال في أن إرثهـا من المنقول بنحو الملك الفعلي ، فليكن ارثها من غير المنقول كذلك ومقتضاه جواز المصالحة على حقها مع الوارث او الاجنبي فينتقل ما تستحق من القيمة اليه .

ولا أظن أن فقيهاً يلتزم بجواز المصالحة على الزكاة قبل أخذها ممن

هي عليه : لما ذكرنا من أن الحق المذكور غير صالح للنقل مطلقاً - لا الى من هو عليه ولا الى غيره - :

وفرق آخر بين ارث الزوجة من غير المنقول وبين حق الزكاة ، وهو أنه لا إشكال ولا خلاف في أن الخيار في الزكاة للمالك بين دفعها من العين المتعلقة لحق وبين دفعها من مال آخر للمالك وليس للمستحق ولا للحاكم الشرعي المشاحة مع المالك بخلاف ارث الزوجة من غير المنقول فان الوارث لو اختار دفع حقها من نفس العين دون القيمة ، ففي إجبار الزوجة على القبول إشكال وخلاف :

ولعل منشأ الفرق بين الحقين - مع ان كلا منها متعلق بالمالية - :هو أن ظاهر أدلة باب الزكاة أنها في العين ، ولكن ثبت أيضاً - نصاً واجماعاً - جواز دفع المالك القيمة إرفاقاً به ، بخلاف إرث الزوجة ، فان ظاهر الأدلة تعلقه بنفس القيمة ، وإن ظهر من بعضها : أن علة حرمانها من العين الارفاق بالوارث لكن لايبعد كون ذلك من قبيل حكمة الجعل والحرمان من العين :

وبالجملة ، لادليل على جواز إجبارها على أخذ العين بدلا عما تستحقه من القيمة ولم يثبت ذلك بنص أو إجماع ، كما ثبت في باب الزكاة جواز دفع القيمة بدلا عن العين ، فاجبارها على اخذ استحقاقها من العين في غاية الإشكال ، فلا يترك الاحتياط بالمصالحة معها على ذلك :

ثم ان الكلام في الخمس هو الكلام في الزكاة والمختار فيه هو المختار فيها ، اذ الظاهر أنه حق فرضه الله تعالى لأربابه - وهم بنو هاشم - في أموال خاصة عوضا عما فرضه لغيرهم من الصدقات التي حرمها عليهم من غيرهم تكريماً لهم وإعلاء لشأنهم :

وبالجملة ، فالظاهر إتحاد نحو الحقين ، والله تعالى هو العالم :

ثم إن مقتضى ما ذكرنا من أن الحق نحو من الملك ومرتبة من مراتبه : كونه بحسب طبعه قابلا للانتقال بالارث ، ويشمله النبوي المشهور : «ماترك الميت من حق فهو لوارثه » [١] وغيره ، مالم يستفد من دليله - أو من الخارج - أنه متقوم بخصوص ذي الحق ، وليس له قابلية الانتقال بالارث فمثل حق القسم الذي هو للزوجة على الزوج - وان كان قابلا للنقل إلى ضرتها [٢] بالصلح عليه مجانا فقط - كما عن جماعة من اصحابنا - قدس سرهم - أو حتى اذا كان بالمعاوضة عليه - كما هو مقتضى القاعدة مالم يقم إجماع على خصوص المجانية - ولكنه غير قابل للانتقال بالارث ، حتى الى الضرة ، كما لو تزوج شخص بامرأة ، ثم تزوج بعمتها أو خالتها ، ثم ماتت إحداهما وكان الوارث لها ضرتها ، فانها لاترث حق القسم منها

ولعل الفرق بين النقل والانتقال بالارث : أن الحق المذكور انما هو للزوجة مادام الحياة بمعنى أن قوامه الحياة فلها نقله وتفويضه الى مثلها ، وبموت الزوجة ينعدم موضوع الحق وينتهي أمده ، فلا متروك حتى يورث

وبالجملة ، فظاهرهم التسالم على عدم انتقال الحق المذكور الى الوارث مطلقاً :

ومن الحقوق - غير القابلة للنقل بل ولا الانتقال على الظاهر : - ما كان من قبيل حق الغيبة والشتم والضرب والايذاء - بناء على كونها من الحقوق وعدم كفاية التوبة فيها بل لابد من إرضاء ذي الحق وإبرائه

---

(١) راجع : كتاب مكاسب الشيخ الانصاري ، باب الخيارات ، الكلام في أحكام الخيار :

(٢) الضرة - بالفتح والتضعيف - : تطلق على كل من زوجتي الرجل أو زوجاته ، فهما ضرتان ، وهن ضرائر :

والاظهر : أنها ليست من الحقوق بالمعنى الـذي ذكرناه من الحق وان قلنا بعدم كفاية التوبة فيها ، فانها لم تكن من مقولة الملك ومن مراتبه ووجوب استحلال الانسان ممن استغابه أو آذاه بالضرب أو الشتم ـ على فرضه ـ إنما هو من حيث ظلمه له بهتك عرضه أو إيذائه ، لا لثبوت حق له عليه بمعنى الملك .

ثم إنه لاملازمة بين قبول الحق للنقل وبين قبوله للانتقال بالارث ، فقد يكون الحق قابلا للنقل ولا يقبل الانتقال ، كما ذكرنا من حق القسم وقد يقبل الانتقال بالارث ولا يقبل النقل كحق الرهانة وحق الشفعة وحق الخيار ـ على الاظهر ـ من عدم قبوله للنقل ، وقد لايقبلها بل ولا الإسقاط كما ذكرنا من حق الخمس والزكاة ، وقد يقبلها جميعاً كحق التحجير على موات من الارض ـ مثلا ـ

ثم إن مايقبل النقل قد يكون قابلا للنقل الى كل أحد كحق التحجير فانه قابل للنقل الى كل أحد بالمصالحة عليه مع العوض وبدونه ، بخلاف حق القسم للزوجة ، فانه إنما يقبل النقل الى الضرة ـ فقط ـ :

فان قلت : اذا كان حق الرهانة وحق الشفعـة وحق الخيار قابلا للانتقال الى الوارث ، ولم يكن متقوماً بذي الحق ، فلم لايكون قابلا للنقل الى الغير بالمصالحة عليه ...؟

قلت : وجه الفرق بين انتقال الحقوق المذكورة بالارث وبين نقلها بالمصالحة متوقف على بيان حقيقتها فنقول :

إن حق الرهانة مرجعـه الى سلطنة للمرتهن حاصلة له بعقدها على استيفاء دينه الذي هو على الراهن من العين المرهونة ببيعها وأخـذ مقدار دينه من ثمنها عند حلول الدين بالشروط المذكورة في باب الرهن ، وهذه السلطنة لايعقل نقلها الى الراهن ـ كما لايخفى ـ وأما نقلها الى ثالث له دين

أيضاً على الراهن ، وان كان غير ممتنع عقلا ولكنه يتوقف على أن يكون العقد الواقـع بين الراهن والمرتهن مقتضاه كون الرهن وثيقة على مايعم دينه ودين غيره على البدل ، ليصح للمرتهن تحويل ماله من الحق في العين المرهونة الى غيره ممن له دين على الراهن ، ومن الواضح أن عقد الرهانة الواقع بين الراهن والمرتهن إنما يقتضي كون الرهن وثيقـة على خصوص دينه الذي هو على الراهن ، لا الأعم من دينه ودين غيره ، فالسلطنـة الحاصلة للمرتهن محدودة غير صالحة للتعدية والتحويل الى الغير :

وبالجملة فكما لايمكن نقل الحق المذكور وتحويـله الى من هو عليـه كذلك لايمكن تحويله ونقله الى ثالث وان كان ذا دين ايضاً على الراهن بل الحق خاص بالمرتهن إن شاء أخذ به ، وان شاء أسقطه .

نعم لو نقل المرتهن الدين الذي له على الراهن الى ثالث بالبيع ونحوه فالظاهر أن الرهن يتبعه في الانتقال الى المنقول اليه ، فيكون ذا الحق في العين المرهونة فان العقـد الواقع بين الراهن والمرتهن مفاده ومقتضاه كون الرهن وثيقة على شخص الدين الذي كان للمرتهن على الراهن ، وبانتقال الدين الى مشتريه ـ مثلاً ـ لم يكن المنقول الا نفس ما كان الرهن وثيقـة عليه ، لاغيره : غاية الأمر اختلف مالك الدين ، وهو غير ضائر .

وبالجملة ليس هـذا كنقل الحق الى ثالث له دين آخر على الراهن الذي منعنا منه ـ كما لايخفي ـ :

وأما حق الشفعـة الذي هو عبارة عن ملكيـة الشريك وسلطنته على المشتري لحصة شريكه المبيعة حال شركته لتملك تلك الحصة وأخذها منـه قهراً بالثمن الذي اشتراها به من شريكه ، فهذا المعنى غير قابل للنقل الى من عليه الحق ، وهو المشتري ، إذ هو مالك لتلك الحصة بالاشتراء ، فلا معنى لنقل حق التملك منه اليه . وكذا لايقبل النقل الى ثالث ، اذ لوكان

النقل اليه بمعنى تسليطه على اخذ الحصة من المشتري الى ذى الحق ، وهو الشريك نفسه ، فهذا ليس من نقل الحق اليه ، وإنما هو توكيل واستنابة في الأخذ لحق الشفعة لذي الحق وهو الشريك :

وان كان المراد تسليط الغير على اخذ الحصة من المشتري وتملكها لنفسه ، فهذا التسليط لم يجعل للشريك ، فان الحق المجعول له من الشارع إرفاقاً به هو السلطنة على تملك الحصة المبيعة في شركته من مشتريها بالثمن الذي اشتراها به واضافتها الى حصته ، ومن هنا سمي الحق المذكور بحق الشفعة ، اذ الشفيع بأخذه به وإعماله يشفع حصته ويجعلها شفعاً وزوجاً بنصيب شريكه الذي ابتاعه المشتري منه :

وبالجملة ، فليس الذي هو للشريك من الحق مجرد تملك الحصة من مشتريها قهراً عليه ليمكن نقل ذلك الى الغير، بل الذي له من الحق تملكها بما أنها شفعة ، وأنه شفيع وجاعلها منضمة الى حصته وشفعاً بها ، والحق بهذا المعنى لايمكن نقله الى الغير : نعم اذا اخذ بشفعته وتملكها وصارت له فلينقلها الى من شاء ، فان الناس مسلطون على أموالهم ، وأما قبل التملك فليس له نقل الحق المذكور وتحويله الى غيره :

هذا ، وأما نقل حق الخيار الى غير من جعل الحق له ، وتحويله اليه ، ففي امكان ذلك وعدمه خلاف ، فصريح شيخنا الانصاري - قدس سره - في اول كتاب البيع من (مكاسبه) عدم قابليته للنقل [1] وصريح سيدنا - قدس سره - فيما مبق من كلامه : قابليته للنقل حيث يقول : « فالظاهر جواز المعاوضة عليه بما يوجب نقله ... »

(١) قال : « ... وأما الحقوق فان لم تقبل المعاوضة بالمال كحق الحضانة والولاية فلا إشكال ، وكذا لو لم يقبل النقل كحق الشفعة وحق الخيار ... »

وقبل بيان ماهو المختار من الرأيين وتحقيق ذلك نقول :

المتبايعان ـ تارة ـ ينشآن البيع بينهما بالتعاطي فيعطي كل منهما ماله للآخر قاصداً تمليكه إياه بعوض ما يأخذه منه : ـ وأخرى ـ ينشآن البيع بالعقد المشتمل على الايجاب والقبول كبعت واشتريت . أما في صورة انشاء البيع بالتعاطي فان فعلهما الخارجي ، وان كان على ماهو المختار ، مصداقاً للبيع حيث أن مفهومه تمليك عين بعوض أو تبديل طرف إضافة مالكية بطرف اضافةمثلها لآخر كما هو المختار أومبادلة مال بمال مع كون المعوض عيناً، كيف ماكان ، فالمفاهيم المذكورة تنطبق على فعلها الخارجي وتشمله آية « أحل الله البيـــع :. : » [١] وآية « التجارة عن تراض » [٢] ويصح بذلك ويحصل الملك لكل منهما فيما أخذه من صاحبه ، ولكنه ملك جائز ليس فيه اقتضاء اللزوم ، فان غاية مايستفاد من تعاطيهما بقصد الملك ملكية كل منهما ماأخذه من الآخر . وأما التعهد والالتزام من كل منهما بالثبات والبقاء على ماملكه للآخر ، فلا دلالة لفعلهما عليه ، والآيتان إمضاء وتصحيح لما يستفاد من فعلهما ، وهو أصل الملكية ليس إلا كما أن السيرة التي استدل بها على حصول الملك بالمعاطاة غاية مايستفاد منها معاملـة المأخوذ بالمعاطاة معاملة الملك وترتيب آثاره عليه ، وأما لزوم الملك وعدم جواز الرجوع فيه ، فلا دلالة لها عليه ، ولعل منشأ تسالم الأصحاب ممن قال بافادتها الملك او الاباحة على عدم اللزوم : هو القصور في المقتضي لا لوجود دليل على عدمه ـ من اجماع ونحوه .

هذا اذا كان انشاء البيع بالفعل . وأما في صورة إنشائه بين المتبايعين

(١) البقرة : ٢٧٥ :

(٢) النساء : ٢٩ .

بالعقد المشتمل على الايجاب والقبول ، فهيأة الماضي - مثلا - الواردة على مادة البيع والشراء ، وان دلت على تمليك العين بالعوض وتملكها به ، كالتعاطي بقصد الملك إلا أن إنشاء التمليك والتملك بالقول كما يدل على مادل عليه الانشاء بالفعل بالمطابقة وهو تمليك العين وتملكها بالعوض ، كذلك يدل بالدلالة الالتزامية العرفية على التعهد والالتزام من كل من المتعاقدين بهذا المدلول المطابقي ، والثبات عليــه مالم يكن في البين خيار مجعول له ، ومن هنا أطلق العقد على الانشاء بالقول فانه : العهد الموثق المحكم ، لما فيه من الاحكام . ويشهد لذلك : أن المعامــلات الخطيرة ذات الشأن إنما تنشأ - نوعاً - بالعقود دون المعاطاة من جهة فقدان المعاطاة لما كان العقد واجداً له من الالتزام والإحــكام . وآية « أوفوا بالعقود ... » (١) إنما تمضي وتلزم بالوفاء بالعقود باعتبار وجود المدلول الالتزامي فيها ، وهو التزام كل من المتعاقدين لصاحبه بالثبات والبقاء على مايقتضيه العقد من التمليك والتملك بالعوض :

ودليل الخيار المجعول بأسبابه وموارده - ومنها اشتراط ذلك في ضمن العقد - يكون مخصصاً لعموم « أوفوا بالعقود » :

وحقيقة الخيار نظرة ومهلة لمن هو له فيما التزمه لطرفه بانشاء العقد من الثبات عليه والالتزام بمقتضاه ، وسلطنة له على نقضه وحله أو اقراره وإبرامه ، وهو - بهــذا المعنى - حق بالمعنى الأخص لمن له . وهل هو متعلق بالعقــد من حيث أنه يملك فسخــه وإقراره ، أو أن متعلقــه العين الخارجة من ملكه الى طرفه من حيث أن ذا الخيار يملك إعادتها الى نفسه بفسخ العقد ؟ وجهان : - بل قولان - وعليهما يبتني جــواز تصرف من

(١) سورة المائدة : ١ :

عليه الخيار في العين المنقولة اليه ممن له الخيار تصرفاً منافياً لحق ذي الخيار وعدم جوازه ، كما هو مذكور في فصل أحكام الخيار .

فان قلنا : إن متعلق حق الخيار لمن جعل له ، هو العين الخارجة عن ملكه الى ملك طرفه وانه يملك إرجاعها اليه بفسخ العقد ، فلا يجوز لطرفه التصرف المنافي لحقه فيما انتقل منه اليه ، اذ هو تصرف في متعلق حقه مناف له فانه لو اختار فسخ العقد لايقدر على إرجاع العين اليه فيما لو كان تصرف من عليه الخيار فيها بالبيع - مثلا - أو العتق أو الاتلاف

نعم لو قلنا بأن متعلق حق ذي الخيار نفس العقد من حيث قدرته على فسخه وإقراره ، فان التصرف بالبيع والعتق ونحوه ممن عليه الخيار لاينافي حق ذي الخيار من حيث الاقتدار على فسخ العقد لو كان هو المختار : غاية الأمر ان المتصرف يضمن له عند فسخه مثل ماتصرف فيه أو قيمته :

وهل الخلاف بين سيدنا الخال المصنف ، والشيخ الانصاري - قدس سرهما - في جواز نقل الخيار وتحويله الى غير من هوله وعدم جوازه مبنّي على الخلاف في متعلقه ؟ الظاهر عدم الابتناء عليه ، فان الشيخ - قدس سره - في فصل أحكام الخيار - يختار - أويقرب - تعلقه بالعقد ، حيث أنه بعد أن يذكر حجة القول بمنع التصرف وان الخيار حق يتعلق بالعقد المتعلق بالعوضين من حيث إرجاعها بحل العقد الى ملكها السابق ، فالحق - بالأخرة - متعلق بالعين التي انتقلت منه الى صاحبه فلا يجوز أن يتصرف فيها بما يبطل ذلك الحق باتلافها أو نقلها الى شخص آخر - يقول : « هذا غاية مايمكن أن يقال في توجيه المنع ، لكنه لايخلو عن نظر ، فان الثابت من خيار الفسخ بعد ملاحظة جواز التفاسخ في حال تلف العينين هي سلطنة ذى الخيار على فسخ العقد المتمكن في حالتي وجود العين وفقدها

فلا دلالة في مجرد ثبوت الخيار على حكم التلف جوازاً ومنعاً ، فالمرجع فيه سلطنة الناس على أموالهم - الى أن يقول - : فالجواز لايخلو عن قوة في الخيارات الأصلية » .

وهنا يجزم بعدم قابليته للنقل ، حيث يقول - في أول كتاب البيع - : « وأما الحقوق فان لم تقبل المعاوضة بالمال كحق الحضانة والولاية ، فلا إشكال وكذا لو لم تقبل النقل كحق الشفعة وحق الخيار » .

وعلى كل ، فالظاهر عدم قابلية نقل حق الخيار وتحويله الى غير من جعل له - مطلقاً - سواء قلنا إنه متعلق بالعين المنقولة منه الى صاحبه أم إنه متعلق بالعقد .

أما على القول بتعلقه بالعين ، بمعنى أن ذا الخيار فيما اذا كان هو البائع - مثلا - يملك إرجاع المبيع الى ملكه قهراً على المشتري بفسخ العقد فعدم صلاحية نقل الحق المذكور بهذا المعنى الى المشتري من الوضوح بمكان ، فانه اذا صار ذا خيار - فرضاً - بنقل البائع خياره اليه ، فرجع ذلك الى أنه يملك إعادة الثمن اليه قهراً على البائع بفسخ العقد ، وهذا غير ماكان للبائع من الحق ، وإنما هو حق جديد له اذ العلقة والاضافة الضعيفة المعبر عنها بالحق كانت بين البائع وبين مانقله بالبيع الى المشتري، وهو المبيع والحادثة اضافة ناقصة بين المشتري وبين الثمن ، وهي غير الاضافة التي كانت للبائع . ومن الواضح ان ذا الحق إنما يتسلط على نقل حقه الى الغير فيما اذا كان قابلا للنقل والتحويل ، وليس له جعل حق للغير لم يكن هو المجعول له إذ جعل الحقوق لأربابها من وظائف الشارع المقدس .

هذا اذا قلنا : إن متعلق حق البائع هو العين المبيعة . وأما اذا قلنا إن متعلق الحق هو العقد الواقع بينهما ، فعدم جواز نقله وتحويله الى الغير

وان لم يكن بذلك الوضوح ، فانه يمكن أن يقال : إن العقد الواقع بين البائع والمشتري كان متعلق حق البائع فيما لو كان الخيار له ، فزمامه بيده فله حله ونقضه ، وله إقراره ، وإحكامه . وهذا الحق الذي كان للبائع بالمعنى المذكور ، أعني السلطنة على فسخ العقد وإقراره يمكن نقله وتحويله الى المشتري بالمصالحة عليه بعوض أو بدونه ، وعمومات الصلح تشمله ، فيكون المشتري ذا الخيار بعد الصلح ، وتسليم زمام الحق اليه :

هذا ولكن لقائل أن يقول : إنا ذكرنا فيما سبق أن إنشاء البيع الذي حقيقته تبديل طرف إضافة مالك المثمن بطرف إضافة مالك الثمن اذا كان بالعقد المشتمل على الايجاب والقبول فانه كما يدل بالمطابقة على تبديل كل من المتعاقدين المثمن بالثمن في عالم الاعتبار والانشاء ، كذلك يدل بالدلالة الالتزامية على التزام كل منهما لصاحبه بالثبات والبقاء على هذا التبديل وبمقتضى إمضاء الشارع وحكمه بلزوم ما التزمه كل منهما لطرفه بانشائه بقوله تبارك وتعالى « أوفوا بالعقود » يملك كل منهما على صاحبه ـ مضافاً الى المال الذي ملكه إياه ـ ثباته والتزامه بعدم التعدي عن حدود التبديل المنشأ بالعقد . ومن هنا سمي اللزوم المذكور « لزوماً حقياً » فان كلا منهما له على طرفه حق الالتزام بما تعهده له من الثبات والبقاء على ما انشأه من التبديل :

هذا اذا لم يكن لأحد المتعاقدين خيار مجعول من الشارع المقدس أو من المتعاقدين بالشرط في ضمن العقد .

وأما لو كان لأحدهما خيار مجعول من الشارع أو من المتعاقدين فمن له الخيار منهما كما يملك ما التزم به صاحبه له ، كذلك يملك ما التزمه هو لصاحبه ، فمن حيث ملكيته لما التزمه صاحبه له يكون العقد بالنسبة الى صاحبه لازماً لاينفسخ بفسخه ، ومن حيث ملكيته لما التزمه لصاحبه يكون

العقد بالنسبة اليه جائزاً :

وبالجملة ، فغاية مايمكن أن يستفاد من جعل الخيار أن يكون للمجعول له من الحق مهلة النظر في مدة الخيار في التزامه الذي التزمه لصاحبه بأن يحكمه ويبرمه أو ينقضه ويحله ، وأما نقل هذا الحق وتحويله الى صاحبه الذي هو ملزم بالتزامه والعقد لازم بالنسبة اليه ليكون هو صاحب الحق عليه ، بعد أن كان الحق له عليه ، فاستفادة السلطنة على هذا التحويل من جعل الخيار لشخص من الشارع أومن المتعاقدين بالشرط مشكل غايته

هذا ، وأما نقل الخيار الى ثالث ، فتارة بجعله من له الخيار كوكيل عنه في إنشاء الفسخ والاقرار مع رعاية مصلحة ذي الخيار فيما يختاره من الفسخ أو الاقرار ، فالظاهر عدم الاشكال في ذلك ، فانه ليس من نقل حق الخيار وتحويله الى الغير ، بل هو كتوكيل منه على اعمال خياره واعتماد منه على حسن اختياره :

وأما نقله الى الغير على نحو ماذكرنا من التحويل الى طرفه بمعنى تسليم زمام الحق اليه بأن يكون هو ذا الخيار بعد التسليم ومن كان له الخيار مسلوب الاختيار في أمر العقد ، فهو ماذكرنا أنه مشكل غاية الاشكال ، بل الظاهر عدم قابلية حقه المجعول له لنقله الى الغير بالمعنى المذكور :

فان قلت : أليس للبائع - مثلا - حين إنشاء البيع جعل الخيار للغير بالشرط في ضمن العقد بنحو يكون المجعول له هو صاحب الحق ، والجاعل لاخيار له ، ولا اختيار في أمر عقده ، بل تكون سلطنة الفسخ والاقرار لذلك الغير ، فاذا صح له جعل السلطنة المعبر عنها بالحق عند العقد للغير فلم لايصح نقلها الى الغير بعد أن جعلت له عند العقد :

قلت : الفرق بين جعل العاقد الخيار للاجنبي عند العقد ، وبين نقله الخيار المجعول له اليه بعد العقد واضح ، فانه عند العقد له السلطنة

التامة على ماله ، ومقتضى عموم سلطنتـه عليه جواز نقله الى الغير بالبيع اللازم أو البيع غير اللازم أي المجعول فيه الخيار له أو لغيره بالشرط في ضمن العقد ، فجواز جعل الخيار للغير حال العقد من مقتضيات سلطنتـه على ماله : أما نقل حق الخيار المجعول له حال العقد وتحويله الى الغير بعد العقد ، فليس من مقتضيات سلطنتـه على ماله ، فانه حال نقل الخيار لم يكن المال له ، بل للمشتري ، والخيار المجعول له حال العقد من الشارع أو بسبب الشرط في ضمن العقد مقتضاه سلطنته على اقرار العقد او حله ونقضه ، لا الأعم من ذلك ومن توليته الغير على البدل .

وبالجملة ، لم يتضح قابلية نقل حق الخيار الى الغير كما اختاره سيدنا المصنف ـ قدس سره ـ ؛

ومع الشك ، فالأصل عدم الانتقال بنقله .

هذا ماكان من أمر نقل الحقوق الثلاثة الى الغير ، وأما قابلية انتقالها الى الوارث ، فيمكن أن يقال في وجهـه بأن الوارث يقوم مقام المورث فيما كان له من مالكيـة وواجدية اعتبارية ، فيكون له ماكان لمورثه من ملك وحق بانتقال ذلك منه اليـه ، ففيما نحن فيه من حق الشفعـة ، كما تنقل اليـه بالارث ملكيـة الشقص الذي كان مملوكاً لمورثه عند الموت ، فكذا ينتقل اليه بالارث حق الشفعة الذي كان لمورثه في الشقص المبيع في شركته .

وعليه ، فله الأخذ بحق الشفعـة الذي كان لمورثه وورثه منـه الذي مرجعه السلطنة على تملك حصة شريكـه المبيعة في شركتـه من مشتريها بالثمن الذي اشتراها به ، قهراً عليه ـ فيقوم الوارث مقام المورث ويكون له ماكان لمورثه من حق تملك الشقص من مشتريه بذلك الثمن :

وكذا حق الرهانة الذي مرجعه سلطنة المرتهن على استيفاء دينه الذي

له على الراهن من الرهن ببيعه واستيفاء مقدار الدين من ثمنه ، فيرث الوارث ذلك الحق من مورثه ، ويستوفي الدين الذي ورثه منه من الرهن على النحو الذي كان لمورثه .

وهكذا حق الخيار الذي مرجعه سلطنة ذى الحق على إقرار العقد وحله ، فالوارث للبايع - مثلا - يرث حقه ، فيتسلط على ماكان مورثه مسلطاً عليه من إقرار العقد وحله ، فان أقره ورث ماملكه مورثه من ثمن المبيع ، وإن حله بفسخه رجع المبيع الى ملك مورثه ملكية آنية استطراقية الى ملك وارثه ، نظير ملكية الميت لديه لنفسه ، فانها عوض لنفسه التي أزهقت بالقتل ، فيملكها ثم يرثها الوارث منه .

وبالجملة ، فلا ملازمة بين قبول الحق للانتقال بالارث وبين قبوله للنقل بالمصالحة عليه فقد يكون الحق قابلا لأحدهما دون الآخر .

هذا ، ولو شك في شيء مجعول من الشارع أنه من سنخ الأحكام أو من سنخ الحقوق ، فان دل الدليل على قابليته للانتقال او الاسقاط يستكشف من ذلك أنه حق ، اذ الحكم غير قابل لكل منها ، وإلا فالأصل يقتضي عدم سقوطه بالاسقاط وعدم انتقاله بالارث ، ولا بالنقل ، كما انه لو علم كونه حقاً وشك في قابليته للنقل أو الانتقال كان الاصل عدمها :

بقي شيء ينبغي التنبيه عليه : وهو أنه لو أحرز كون المجعول حقاً قابلا للنقل والاسقاط كحق التحجير مثلا - فهل يصح جعله ثمناً في البيع ربما يقال بصحة ذلك بدعوى أن حقيقة البيع تمليك عين بعوض في قبال الهبة التي هي تمليك مجاني ، ويكفي في العوضية جعل البائع على المشتري شيئاً يحصل منه نفع يعود اليه في قبال العين الخارجة من ملكه الى المشتري فلو جعل عليه إسقاط حق تحجيره - مثلا - على الارض المباحة عوض ماملكه من العين ليسبق اليها البائع فيحجرها له ، كان مصداق تمليك العين

بالعوض ، وأولى بذلك مالو جعل العوض نفس الحق لينتقل منه اليه في قبال ما انتقل منه اليه من العين .

هذا ، ولكنا نقول : إن حقيقة البيع ليس مطلق تمليك العين بعوض من المشتري ، ولو كان من قبيل إسقاط حق ينتفع به البائع ، بل ولا تبديل إضافة باضافة أخرى ولو لم تكن من سنخ إضافة البائع ، بل حقيقته - لغة - والمتبادر منه عرفاً - : إنشاء تبديل عين هي طرف لاضافة مالكية بطرف إضافة مثلها لآخر في ظرف قبوله ذلك ،

توضيح ذلك : إن الملكية التي هي جدة اعتبارية وعلقة واضافة بين المالك والمملوك لها طرفان : طرف يرتبط ويتعلق بالمالك ، وآخر بالمملوك فحقيقة الارث انحلال الاضافة والعلقة من طرفها المتعلق بالمالك وارتباطها بالوارث مع بقاء التعلق من طرفها الآخر المتعلق بالمملوك على ما كان عليه ، فان الوارث يقوم مقام المورث ويأخذ بزمام ما كان المورث آخذاً به :

وأما البيع ، فحقيقته : حل طرف علقة المالك للمثمن وإضافته من جانب مملوكه وربطها بطرف إضافة المشتري ، وحل إضافة المشتري من ذلك الجانب ايضا ، وربطها بمكان علقة المالك للمثمن المحلولة .

وأما الاضافتان - من حيث اتصاف كل منهما بكونها مالكية - فلم يطرأ عليها تغيير وتبديل ، وانما التغيير والتبديل في المملوكية ، فالبايع اذا كان أصيلا قبل البيع ، كان مملوكه المثمن ، وبعد البيع يملك الثمن ، والمشتري بالعكس . وفيما اذا كان وكيلا او ولياً ، فموكله - اوالمولى عليه - يكون كذلك .

ومن هنا نقول - على ماهو التحقيق - : لابد في انشاء البيع أن يكون البائع - اصيلا كان أم وكيلا أم ولياً أم فضولياً - قاصداً دخول

المثمن في ملك مالك الثمن عوضاً عما يخرج من ملك مالك الثمن الى ملك مالك المثمن ، وكذا المشتري بالنسبة الى الثمن ، فيقصد دخوله في ملك مالك المثمن عوضاً عما يخرج من ملك مالك المثمن الى مالك الثمن ، فبيع الغاصب العين لنفسه اذا لم يسبق منه بناء وادعاء لملكية العين المغصوبة ، وأنها كسائر املاكه - باطل غير صالح للتصحيح باجازة المالك اصلا - لاله ولا للغاصب ، كما نبهنا عليه في بيع الفضولي :

اذا عرفت ذلك ، تبين لك عدم صحة جعل الحق بالمعنى الأخص ثمناً في باب البيع ، لابمعنى جعل الثمن إسقاطه ، اذ هو غير قابل للانتقال الى الغير ، لأنه فعل ذى الحق ، وهو المشتري ، ولا بمعنى جعل أصل الحق ثمناً ، فانه ، وان كان قابلا للنقل الى الغير حسب الفرض ، ولكنه يتوقف ذلك على أن يكون حقيقة البيع تبديل إضافة باضافة أخرى ، وقد ذكرنا أن حقيقة البيع تبديل طرف إضافة مالكية بطرف إضافة مثلها لآخر فان المتبادر - عرفاً - من لفظ البيع والمرتكز في اذهانهم أنه تبديل الأموال بعضها ببعض في عالم الانشاء والاعتبار :

ويشهد لذلك تعريف (صاحب المصباح) البيع بأنه : مبادلة مال بمال [١].

وبالجملة ، فجعل ثمن المبيع من سنخ الحقوق مشكل غاية الاشكال فانه من قبيل تبديل المملوك بالملك ، اذ الحق ملك ناقص ، لامن قبيل تبديل المملوك بالمملوك الذي هو معنى البيع - كما ذكرنا - :

نعم : يمكن نقل الحق المذكور الى الغير بالمصالحة معه بعوض -

---

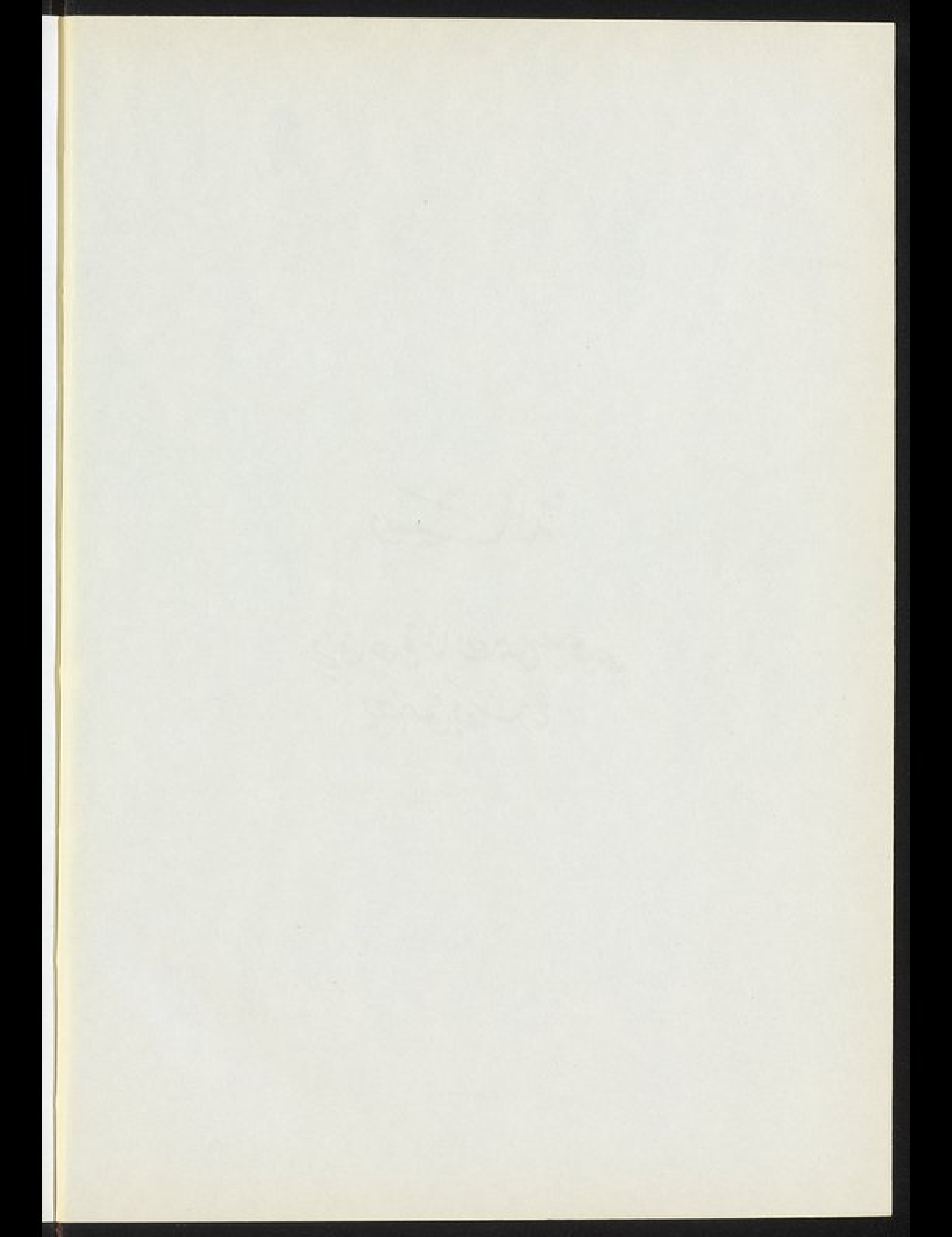
(١) ونص عبارته - كما في مادة بيع - : « والأصل في البيع : مبادلة مال بمال ».

عيناً كان أم منفعة أم حقاً مثلـه قابلا للنقل وذلك آمر آخر ، فانه من الصلح لامن البيع ، ولا كلام لنا فيه . كما أن جعل الأجرة في باب الاجارة حقاً مشكل كذلك ، فانها كالبيع معاوضة بين مالين غير أن المعوض فيها المنافع أو الاعمال ، وفي البيع : الاعيان : والله تعالى هو العالم .

هذا آخر ماعلقناه على (رسالة الفرق بين الحق والحكم) لسيـدنا الخال المصنف ـ قدس سره ـ والحمد لله رب العالمين :

رسالة

في قاعدة ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده



بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

مسألة : اشتهر بين الفقهاء - سيّما المتأخرين منهم - : أن كل مايضمن بصحيحه يضمن بفاسده ، حتى أسسوها قاعدة كلية وأرسلوها إرسال المسلمات ، بل صرح بعضهم بكليتها ، طرداً وعكساً ، وهي : مالا يضمن بصحيحه لايضمن بفاسده (١).

---

(١) أقول : هذه قاعدة ذكرها الفقهاء - قدس الله أسرارهم - في مقام بيان الضابط لتمييز مايضمن فيه مورد العقد الفاسد ومصبه مما لايضمن فيه مورده : وليست هي لبيان سائر موارد الضمان . بل هي خاصة بموارد العقود الفاسدة ، وما كان منها أقرب الى كونه إيقاعاً من كونه عقداً ، كالخلع والجعالة .

ومفادها : أن كل ماصدر من العقود وما يلحق بها على جهة المعاوضة فالفاسد منه كالصحيح مقتض للضمان ، وما صدر منها لاعلى جهة المعاوضة ، بل على وجه المجان ، ففاسده كصحيحه لايقتضي الضمان . مثلاً : لو بذلت الزوجة مالا للزوج ليخلعها ويخلصها عن ربقة الزوجية ، فخلعها على مابذلت ، وكان الخلع فاسداً لعدم اجتماع شروط صحته ، يضمن لها مابذلته له لكونها لم تبذله مجاناً، بل عوضاً عن خلاص نفسها عن تلك الربقة وكذا الكلام في الجعالة في صورة فسادها ، حيث أن العامل لم يبذل عمله تبرعاً ، وانما بذله بازاء الجعل ، فيضمن الجاعل له ما استوفاه من عمله بأجرة مثله :

ثم إن من عبر عن القاعدة بقوله : « كل عقد يضمن بصحيحه يضمن بفاسده » ومن عبر عنها بقوله : « مايضمن بصحيحه يضمن بفاسده » فالمفاد والمقصود فيهما واحد . ولعل المعبر بالعبارة الثانية قصد تعميم القاعدة للايقاعات المشتملة على التعهد والضمان - كما ذكرنا -

ثم إن ما ذكرناه أخص مما أطلق بعض في تعداد أسباب الضمان : القبض بالعقد الفاسد ، فانه يشمل مالم يكن مضمونا بصحيحه كالعارية . بل وسائر التمليكات المجانية ، فلا بد من حيث تخصيص القاعدة أو تعميمها من النظر الى مدركها ، فان كان هناك مايستفاد منه عموم القاعدة كحديث: « على اليد » (١) وجب تخصيصها بالكلية الثانية - بعد تسليمها - لورودها عليه :

وكيف كان ، فهنا قاعدتان : احداهما ايجابية ، وهي « كل مايضمن بصحيحه يضمن بفاسده » والأخرى سلبية وهي : « كل مالا يضمن بصحيحه لايضمن بفاسده » ،

والكلام في الكلية الايجابية يقع - مرة - في معناها ، وأخرى - في مدركها :

أما معناها ، فنقول - وبالله التوفيق - : أما كلمة (ما) فيحتمل أن تكون كناية عن المقبوض باعتبار القبض أو مابحكمه من الاستيفاء للعمل لأنه الموجب للضمان والسبب له بلا واسطة ، أو عن العقد - كما وقع التعبير به في بعض العبارات ، لأنه سبب لما يترتب عليه من القبض ، وموجب له بواسطته ، وبشرط تحققه .

ويبعده - مع كونه مرجوحاً - بالنسبة الى الاول ، لما عرفت من لزوم الواسطة في النسبة - : انه انما يتم في العقد الصحيح ، وأما الفاسد فلا

(١) ونص الحديث هكذا : « على اليد ما أخذت حتى تؤديه » ذكره العجلوني في (كشف الخفاء : ج٢ حديث ١٧٦٨) عن عامة كتب الصحاح ، ونقل عن الترمذي وأبي داود بلفظ (تؤدي) . وورد ذكره بصيغته - ايضاً - في عامة كتب الفقه والحديث - من الفريقين - .

مدخلية له بنفسه في التأثير - بالمرة - [1].

(١) أقول: إن ماذكره - قدس سره - وان كان له وجه - ولكن يمكن أن يقال إن الأنسب أن تكون كلمة الموصول في كلام من عبر بها بقوله: « مايضمن بصحيحه يضمن بفاسده » كناية عن العقد أو مايشبهه من الايقاع ، فانه - مضافاً الى ماذكرناه من أن كل من ذكر هذه القاعدة بأي تعبير كان - غرضه بيان الضابط لتميز الموارد التي يضمن فيها مصب العقد الفاسد مما لايضمن فيه ذلك . وعليه ، فالأظهر لمن عبر بالموصول : أن يريد به الكناية عن العقد ، لا المقبوض باعتبار القبض -:

ان الموصول في (مايضمن بصحيحه ...) الخ مبهم، تفسره صلته. والأنسب فيما يتصف بالصحة والفساد هو العقد ، لا المقبوض باعتبار القبض.

وأما قوله « وأما الفاسد فلا مدخلية له بنفسه في التأثير بالمرة ».

فهو مبني على ان الباء في قولهم « بصحيحه » و « بفاسده » للسببية التامة . فلم لاتكون لمطلق السببية ، ولو كانت ناقصة .

فان الموجب للضمان في الفاسد ، وان كان هو قبض العين ولكن المنشأ له هو العقد .

أو تكون الباء للظرفية ، نحو قوله تعالى « نجيناهم بسحر » [1] وقوله تعالى « ولقد نصركم الله ببدر » [2] فيكون المراد بقولهم (رحمهم الله) « مايضمن بصحيحه ... » العقد المضمون مورده ومصبه في صحيحه مضمون ذلك في فاسده، فيكون اسناد المضمونية الى العقد ووصفه بها من قبيل الاسناد الى غير ماهو له والوصف بحال المتعلق . =

(١) سورة القمر : ٣٤ .

(٢) سورة آل عمران : ١٢٣ .

. . . .

= وعلى كل ، فالظاهر اتحاد المفاد في التعبيرين وان الموضوع في كل منها هو العقد :

ثم إن القاعـدة المـذكورة - أصلا وعكساً - لم تكن مورد نص - بالخصوص - ولا اجماع معتبر . وانما استفيد أصلها من ادلة احترام مال المسلم وعمله . ومن جملتها حديث « على اليد .. » المشتهر بين الفريقين . ولما كان دليل الاحترام مورده ما اذا لم يسقط المالك احترام ماله وعمله ببذله - مجاناً - وتبرعه به ، كما أن عموم « على اليد » مخصص بأدلة التسليطات المجانية ، وأيدي الأمانة ، استفيد من ذلك عكسها . وبما أن مدركها منحصر بأدلة الاحترام الساقط بالاقدام على المجان ، وعموم « على اليد .. » المخصص بأيدي الأمانة ، فلا بد أن يختار لها معنى يوافق مدركها :

وعليه فلو فرض أن ظاهرها أن العقد الذي كان له - بالفعل - فردان صحيح ، وفاسد ، وكان الصحيح منها موجباً للضمان ، فالفاسد - ايضاً - مقتض للضمان ، فالبيع بلا ثمن ، والاجارة بلا أجرة - بناء على كونها بيعاً فاسداً واجارة فاسدة - مقتضيان للضمان ، اذ البيع الصحيح موجب له . وكذا الاجارة الصحيحة ، ففاسدهما كذلك .

هذا ، ولكن لما كان الضمان فيها لايوافق المدرك حيث أن التسليط فيها مجاني ، ومقتضاه عدم الضمان فيها ، فلا بد من رفع اليد عن هـذا الظهور المفروض واختيار معنى للقاعدة يطابق المدرك بأن يقال : معناها إن كل شخص من العقود لو فرض كونه صحيحاً ، وكان - على الفرض موجباً للضمان - فهو مقتض للضمان في فرض الفساد . أما لو لم يكن - على فرض صحته - موجبا للضمان ، فلا ضمان فيه مع فرض فساده . وهـذا ما اختاره البعض في معنى القاعدة ، وان استضعفه الشيخ المحقق الانصاري - قدس سره - حيث قال : - في مكاسبه اوائل كتاب البيع -: « وربما يحتمل في =

. . . .

= العبارة أن يكون معناها أن كل شخص من العقود يضمن به لو كان صحيحاً يضمن به مع الفساد ، ورتب عليه عدم الضمان فيما لو استؤجر بشرط أن لا أجرة - كما اختاره الشهيدان - قدس سرهما - أو باع بلا ثمن - كما هو احد وجهي العلامة في (القواعد). ويضعف بأن الموضوع هو العقد الذي وجد له - بالفعل - صحيح وفاسد ، لاما يفرض تارة صحيحاً واخرى فاسداً - فالمتعين بمقتضى هذه القاعدة : الضمان في مسألة البيع ، لأن البيع الصحيح يضمن به - نعم ، ماذكره بعض من التعليل لهذه القاعدة بأنه أقدم على العين مضمونة عليه ، لايجرى في هذا النوع ، لكن الكلام في معنى القاعدة ، لافي مدركها » إنتهى :

أقول : بعد ماذكرنا : من ان هذه القاعدة المذكورة لم ترد في نص ولا إجماع معتبر ، وإنما هي مخرجة ومستفادة من أدلة : احترام مال المسلم وعمله ، المختص بصورة عدم إقدام مالكه على اسقاطه والتبرع به ، ومن عموم « على اليد » المخصص بأدلة التسليطات المجانيـة وأيدى الأمانة : فالمناط والمتبع شمول المدرك للمورد وعدم شموله له ، ولا اعتبار - بعـد ذلك - بظاهر لفظ القاعدة اذا كان المدرك خاصاً بصورة الاقـدام على الضمان ، ولا يشمل التبرع والمجان فلا بد من التصرف في الظهور - لو كان -

مضافاً الى ماقد يقال : بأن قضية كل عقد يضمن بصحيحه يضمن بفاسده ، شأنها شأن جميع القضايا الحقيقية في كونها منحلة الى شرطيـة شرطها عقـد وضعها ، وجزاؤها عقد حملها . فمعنى « كل عقـد يضمن بصحيحه يضمن بفاسده » هو انه لووجد عقد - وكان على تقدير وجوده وصحته مما فيه الضمان - فهو على تقدير فساده ايضاً فيه الضمان .

هذا أصلها ، وأما عكسها ، فهو أنه لو وجد عقد ، وكان على تقدير =

ثم الظاهر إرادة التدارك من الضمان (١) وهو الظاهر من كون الشيء

= وجوده وصحته مماليس فيه الضمان ، فهو على تقدير فساده ليس فيه الضمان وهـذا المعنى الظاهر من القضية الحقيقية ظاهر الانطباق على مااحتمله ذلك البعض - كما لايخفى - فان البيع بلا ثمن ، والاجارة بلا أجرة لو فرض كونهما صحيحين لاضمان فيهما : فهكذا مع فرض فسادهما .

ثم ان هـذا بناء على ان انشاء البيع بلا ثمن ، والاجارة بلا أجرة مصداقان للفاسد منهما ، وأما بناء على كونهما مصداقين للهبة والعارية الصحيحتين بناء على صحة انشاء عقد بلفظ آخر مع نصب قرينة على المراد ، أو انهما مصداقان للفاسد منهما بناء على عدم صحة ذلك ، فعدم الضمان فيهما واضح ، حيث أنه لاضمان في الهبة والعارية مطلقاً .

(١) الضمان : مصدر : ضمن الشيء - اذاتعهد به ، وهو مأخوذ من دخول شيء في شيء. مثلا: الدلالة التضمنية تقال لمكان دخول المدلول التضمني في المدلول المطابقي ، وكون الدلالة عليه في ضمن الدلالة المطابقية ، والمراد به - هنا - تعهد الانسان بمال شخص آخر . وإنما سمي (ضماناً) لدخول المال المضمون في عهـدة الضامن وذمتـه ، وهو ملزوم لكون درك المضمون عليه ، وخسارته من ماله ، فليس كون الدرك والخسارة من مال الضامن نفس الضمان ، وإنما هو لازم له .

ثم إن اطلاق الضمان واستعماله في التعهد قد يكون بلحاظ معناه المصدري ، أعني : نفس التعهد بالمال وجعـله في العهدة بما هو فعل الضامن ببذل العوض في مقابله ، وقد يكون بلحاظ معناه الاسم المصدري المتأخر عن اللحاظ الأول رتبة اعني كون المال في العهدة ، ودخوله فيها الذي هو نتيجة الجعل ، بل ولو لم يكن بجعل منه ، بل كان بسبب غير اختياري للضمان ، كما في ضمان المقبوض بالسوم ، وكضمان المتلف لمال الغير حال النوم - مثلا - :

وبلحاظ المعنى المصدري استعمل الضمان في النبوي المعروف : « الخراج =

. . . .

= بالضمان » (١) على خـلاف ما استفاده أبو حنيفة ، فانه فهم منه المعنى الاسم المصدري ، في مورد صحيحة أبي ولاد ـ عند اكترائه بغلا من الكوفة الى قصر بني هبيرة في طلب غريم له ، فخالف وركبه الى النيل ، ثم الى بغداد ، وارجعه الى صاحبه بعد خمسة عشر يوماً ـ وتراضيا بأبي حنيفة حكماً فقال لصاحب البغل : ماتريد من الرجـل ؟ قال : أريد كراء بغلي ، فانه حبسه علي خمسة عشر يوماً ، فقال أبو حنيفة : إني ما أرى لك حقاً ، لأنه اكتراه الى قصر بني هبيرة ، فخالف فركبه الى النيل والى بغداد فضمن قيمة البغل ، وسقط الكراء . فلما رد البغل سليما وقبضته لم يلزمه الكراء . فخرج صاحب البغـل يسترجع ، فرحمه أبو ولاد مما افتى به أبو حنيفة واعطاه شيئاً وتحلل منه .

وحج في تلك السنة ، واجتمع بأبي عبدالله الصادق ـ عليه السلام ـ واخبره بفتوى أبي حنيفة ، فقال ـ عليه السلام ـ : « في مثل هذا القضاء تحبس السماء ماءها والارض بركاتها » فقال له أبو ولاد : فما ترى انت جعلت فداك ؟ قال ـ عليه السلام ـ : أرى له عليك مثل كراء البغل : ذاهباً من الكوفة الى النيل ، وذاهباً من النيل الى بغداد ، ومثل كراء البغل من بغداد الى الكوفة توفيه إياه .. » (٢) الخبر.

وبالجملة ، مستند فتوى أبي حنيفة ما فهمه من قوله (ص) « الخراج بالضمان » من أن مطلق دخول الشيء في العهدة مقتض لاستحقاق منافعه ، ولو كان بغير =

---

(١) ذكره العجلوني بهذا اللفظ في (كشف الخفاء : ج ١ حديث ١٢٠٥) عن عامة الصحاح .

(٢) مضمون خبر مفصل يذكره الحر العاملي ـ قدس سره ـ في (الوسائل ج ٣ ، أحكام الاجارة ، باب إن من استأجر دابة الى مسافة فتجاوزها...) حديث (١) طبع طهران اسلامية .

. . . .

= اختياره ، كالضمان باليد ، فان الخراج مايخرج من الشيء ، ويتحصل منه من المنافع والنماء ، والباء في قوله « بالضمان » للعوضية والبدلية أوالسببية ، فيكون مفاد النبوي المذكور ـ على هذا ـ : إن ما يحصل من العين من النماء والمنفعة بدل ضمان العين ، أو بسببه ، ولوكان الضمان بغير اختيار وإقدام ، بل بحكم من الشارع بمقتضى شمول حديث « على اليد » .

هذا ، ولكن المتعين : أن المراد بالضمان في النبوي المذكور ، هو التعهد الاختيارى المعاوضي الذي هو فعل الضامن ، وهو ماذكرنا اسه الضمان بالمعنى المصدري ، فان مناسبة الحكم والموضوع تقتضي جعل ملكية المنافع والنماء بدلا أو مسبباً عن اقدام الشخص على التعهد والضمان المعاوضي ببذل العوض فان الغرض المهم للمتعهد بذلك كون المنافع والنماء له مجاناً ، ولا مناسبة في جعل ملكية المنافع ونظيرها بدلا أو مسبباً عن الضمان بمعناه الاسم المصدري ، ومجرد كون العين في العهدة ولو لم يكن ذلك بجعل واختيار من الضامن بل بحكم من الشارع بمقتضى عموم « على اليد » وقاعدة الاحترام ، بل بمقتضى مافهمه أبو حنيفة أن الغاصب لايضمن المنافع المستوفاة له مما غصبه بعد ارجاع العين له .

ومضافاً الى المناسبة المذكورة ، يدل على ماذكرناه رد الصادق ـ عليه السلام ـ على فتوى أبي حنيفة بذلك اللسان الشديد حيث افتى بعدم ضمان منافع البغل عند المخالفة ، فلو كان الضمان في النبوى بمعناه الاسم المصدري كانت تلك الفتوى هي المتعينة . فمن رده عليه السلام لها يستكشف تعين إرادة المعنى المصدري الذي ذكرناه ، ولا شبهة في أن الصادق ـ عليه السلام ـ اعرف بمفاد كلام جده (ص) من أبي حنيفة « فان اهل البيت ادرى بما فيه » ؟

=

. . . .

= لايقال : ان مقتضى ماذكرت من ان مفاد النبوي : أن الاقدام المعاوضي على الضمان اختياراً موجب لملكيـة المنافع - كون المنافع للعين المقبوضة بالعقد الفاسد غير مضمونة لمالك العين ، لوجود الاقدام المعاوضي بالنسبة الى العين ، مع أنه لا إشكال في ضمان المنافع المستوفاة ، بل الفائتة تحت يد القابض - على المشهور - .

لأنا نقول : الاقدام بالعقـد الفاسد الذي هو كالعدم لايكون منشأ لملكية المنافع ، وانما الموجب لملكيتها هو الاقدام بالعقد الصحيح الممضى شرعاً :

هذا ، ولكن الغالب الشائع في اطلاق لفظ الضمان في النصوص والفتاوى إرادة التعهد بالمعنى الاسم المصدري أعني كون المضمون في ذمة الضامن وعهدته ، كباب الغصب والمقبوض بالعقد الفاسد وبالسوم ، وباب إتلاف مال الغير ، الى غير ذلك من سائر إطلاقات لفظه ، ومنها إطلاقه في قاعدة « مايضمن بصحيحه يضمن بفاسده » اذ المستفاد منها أن كل عقد أو إيقاع يكون مورده ومتعلقه في عهدة عاقده وموقعه ، يكون في فاسده كذلك ، ومالم يكن في الصحيح في عهدته لم يكن في الفاسد فيها - ايضاً - :

ثم إن مايستفاد من القاعـدة المذكورة كون الفاسد مساوياً للصحيح في أصل تحقق الضمان ، وان اختلفا في المضمون وما هو في العهدة ، فانه في الصحيح : هو المسمى في العقد ، وفى الفاسد المثل أو القيمة ، وأجرة المثل في الاجارة ونحوها .

وهذا الاختلاف مما يقتضيه الصحة والفساد ، وإمضاء الشارع للمعاملة وعدم إمضائه ، وهو اختلاف في لازم الضمان ، لافيه نفسه - كما لايخفى - بل قد يقال : بأن الضمان في الصحيح والفاسد لايختلف ، اذ هو بالمثل =

. . . .

= أو القيمة فى كليها فانه إنما يكون بالمسمى فى الصحيح قبـل القبض وأما بعده فهو بالمثل أوالقيمة ، والقاعدة تأسست لموارد ضمان اليد المتحقق بالقبض :

توضيح ذلك : أن عقد البيع ـ مثلا ـ بما أنه موجب لنقل كل من العوضين من ملك مالكه الى ملك طرفه فكل من المتبايعين قبل التقابض يضمن ما انتقل عنه الى صاحبه بعوضه المسمى فى العقد المنتقل من صاحبه اليه ، فلو تلف كل من العوضين قبل قبضه من الآخر ينفسخ البيع ويعود كل عوض الى ملك مالكه السابق بمقتضى قوله (ص) « كل مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال بايعه » (١) على ماتقرر من حكم التلف قبل القبض في محله :

ثم إنه بالقبض ينتقل الضمان من كل من المتبايعين الى الآخر ، فالبايع قبل القبض كان ضامناً للمبيع بعوض المسمى ـ كما ذكرنا ـ وبعد القبض يصير المشتري ضامناً له ، ولكن بعوضيه الواقعي من المثـل أو القيمة ، وكذا المشترى ، فانه قبل القبض كان ضامناً للثمن بعوضه المسمى في العقد وهو المثمن ، وبعد قبض البايع له يصير ضامناً له بالمثل أو القيمة ، ومعنى ضمان القابض ـ مع كون المقبوض ملكه ـ أنه لو تلف ثم طرأ فسخ للعقد بخيار او انفساخ بتقايل ، يلزمه رد المثل أو القيمة . وعليه ، فالمثل اوالقيمة هو المضمون فى الصحيح والفاسد .

والحاصل ، كما أن أصل الضمان ينتقل بالقبض من المالك الأصلي الى =

(١) راجع : كتاب مكاسب الشيخ الانصاري وعامة الموسوعات الفقهية فى كتاب البيع باب أحكام القبض.

مضموناً عليه بمعنى لزوم الغرامة عليه بالتلف ، والتدارك له بالبدل عنه بحيث يعود الخسران والنقصان في ماله الأصلي ، لاما قيل فى معناه : من محض كون التالف فى ملكه وفائتاً من ماله ، كما لعله يعطيه قولهم : لو تلف المبيع قبل قبضه فهو من مال البائع ومضمون عليه ، إذ لامعنى لكون الانسان ضامناً لمال نفسه .

فعلى الأول - يختص العقد فى الكلية الايجابية بعقود المعاوضات ، ودخل غيرها من التمليكات كالوقوف والصدقات والهبات المجانية وغيرها كالعارية ونحوها في الكلية السلبيـــة ، فتطرد الكليتان حينئذ - أصلا وعكساً ، كما يظهر من استدلالهم بعدم الضمان فى فاسد العقود المجانية بالكلية السلبية ، وهو يدل - أيضاً - على إرادة ما ذكرناه من معنى الضمان فى القاعدة .

وعلى الثاني - يعم سائر العقود التمليكية من المعاوضات والمجانيات ، واختص في السلبية بغير العقود التمليكية كالعارية والاجارة بالنسبة الى العين دون المنفعة والوديعة وسائر الامانات مما لايكون العقد فيه مملكا .

= المالك الفعلي ، كذلك ينتقل به المضمون من العوض الجعلي - اعني المسمى - الى الواقعي ، وهو المثل أو القيمة ، فلا فرق بعــد القبض بين المقبوض بالعقد الصحيح ، والمقبوض بالعقد الفاسد .

ثم إنه ، لما كان المناط في الضمان فى فاسد مالو كان صحيحاً ، وعدم الضمان ، هو الاقدام عليه وعدم الاقدام ، فلا فرق بين كون الضمان اوعدمه باقتضاء نفس العقد أو بواسطة ما اشتمل عليه من الشرط ، فمثل البيع بلا ثمن والاجارة بلا أجرة - بناء على كونهما من البيع والاجارة الفاسدتين - يدخل في عكس القاعدة ، لكون التسليط فيها مجانياً . ومثل الهبة المشروط فيها العوض والعارية المشروط فيها الضمان الفاسدتين يدخل في أصل القاعدة لكون الاقدام فيها على الضمان .

ثم المراد من العوض المدلول عليه بالضمان هو العوض الواقعي مثلا في المثليات ، وقيمة في القيميات ؛ لأنه البدل عنه ، ويحصل به تأديته بعد التلف ، لأن تأدية الشيء بعد تلفه يصدق - عرفاً - بتأدية بدله الواقعي من المثل أوالقيمة ، فيكون مندرجاً بعد التدارك بذلك في الغاية في حديث « على اليد » وإلا لاختص الضمان فيه بحال بقاء العين في اليد ، والمسمى إنما يكون بدلا وعوضاً بشرط إمضاء الشارع لما تقارر عليه المتعاقدان ، ومع عدمه فالبدل هو البدل الواقعي . وحينئذ ، فالعين المضمونة بصحيح العقد أو القبض مضمونة بفاسده أيضا ، من غير اختلاف في أصل معنى الضمان فيهما . وان اختلفا في الكيفية بالمسمى في الاول ، والمثل أو القيمة في الثاني :

ثم ان المقيس والمقيس عليه من عقدي الصحيح والفاسد يشترط أن يكونا متحدين - صنفاً - بمعنى أن يكون صنف واحد ، له فردان صحيح وفاسد ، يقاس فاسدها بصحيحه في الضمان وعدمه ، كعارية الذهب والفضة أو المشروطة يقاس فاسدها بصحيحه في الضمان ، لابغيرهما من صنوف العوارى غير المضمونة .

هذا ، والذى يظهر من اطلاق كلماتهم ، عدم الفرق في الفاسد بين كون الفساد من جهة نفس العقد أو فوات ما يعتبر في المتعاقدين منهما أومن أحدهما أو في العوضين ، كذلك ، أوفوات نفس العوض - على اشكال فيه - وسواء كان المتعاقدان عالمين بالفساد أو جاهلين به ، او احدهما عالماً والآخر جاهلا :

هذا كله في بيان معنى القاعدة . وأما مدركها .

فعمدة مايعول عليه - بعد الاجماع المستفيض ، وإن أمكن أن يقال فيه : إنه من الاجماع على القاعدة - قاعدة الاحترام ، فان المسلم محترم في

نفسه وعرضه وماله ، وحرمة ماله كحرمة دمه ، وعمله محترم أيضا ، وهو من ضروريات الدين ومدلول عليه بالكتاب والسنة وإجماع المسلمين . ومعنى احترام ماله حرمة مزاحمته فيه والأخذ منه بالقهر عليه ، بخلاف غيره ممن لم يدخل في ذمة الاسلام من الكفار ، فانهم ، وان ملكوا أموالهم ، ولذا كلفوا بالفروع من العبادات المالية ـ أيضا ـ المتوقفة على تملكهم لها ، إلا أنه يجوز لنا مزاحمتهم عليها والأخـذ منهم بالغيلة أو الغلبة . ولا منافاة بين الملكية وعدم الاحترام ، فان عدم الاحترام أعم من عدم الملكية .

لايقال : إن غاية مادل عليه الاحترام حرمة مزاحمـة المسلم في ماله وعدم جواز أخذه منه قهراً ، وأين ذلك من الضمان على تقدير المزاحمـة بعد التلف ، وإن أثم بها ، وبعبارة أخرى : غاية مايستفاد منه الحـكم التكليفي ، وهو حرمـة المزاحمة ، وأما الحكم الوضعي ، وهو الضمان بعد التلف فهو اول الكلام :

لأنا نقول : ان المزاحمة كما يحرم حـدوثها يحرم دوامها ، فيجب رفعها بعد حدوثها ، وكما يحصل رفعها بدفـع العين المأخوذة مع بقائها ، يحصل ـ عرفاً ـ بدفع المثل أو القيمة بعد التلف فيما يقع الضمان بالتأدية الحاصلة برد العين مع بقائها ورد عوضها الواقعي مع التلف كما هو مفاد « ... حتى تؤدي » في حديث « على اليد » :

ودعوى عدم المزاحمة بعد التلف لعدم وجود المال حتى تصدق المزاحمة مردودة بما وقع منها الذي لم يزل إلا بالتدارك ، فان عـدم الرفع به بعده مع القدرة عليه نوع بقاء للمزاحمة ودوام لها ، فافهم :

وحيث أن لظام العالم في نقل الناس الأموال وبذل الأعمال فيما بينهم لحصول الأغراض الدينية أو الدنيوية ، لاجرم ألقى الشارع زمام ذلك بيد المالك في ماله بحيث له تمليكه لغيره ـ مجاناً ـ أو بعوض ـ عيناً أومنفعة ـ

أو تسليطه للغير على الانتفاع ماله مع بقائه في ملكه أو تنزيله منزلة نفسه في أعماله وما يتولاه في حاله وان اعتبر في حصول ذلك اموراً ، وجعل لها أسباباً خاصة كالعقود وما يعتبر فيها ، فان ذلك غير مناف للسلطنة المجعولة للمالك بحكم « الناس مسلطون على اموالهم » ولا للاحترام المجعول لمال المسلم .

وإن أبيت إلا دعوى عدم الاحترام في التمليكات المجانية ونحوها مما لايكون بعوض ، فلا بأس بدعوى جعل الشارع إسقاط الاحترام بيد المالك فله أن يسقط احترام مال نفسه ، فعدم الضمان في فاسد العقود المضمونة بالعوض بصحيحه مناف للاحترام المجعول في مال المسلم بعد أن كان التواطىء بين المتعاقدين على تبديل مال بمال مخصوص ، إذ غاية ماأوجب فساد العقد عدم سلامة المسمى له لاسقوط احترام ماله ، ولا كذلك في غير المعاوضات من العقود مما كان القبض فيه مجاناً من التمليكات والأمانات فان عدم الضمان فيه - كما عرفت - لاينافي الاحترام بعد أن كان الاقدام منه على المجانية ، أو لسقوط الاحترام المجعول له اسقاطه ، فظهر ان كل مايضمن بصحيحه يضمن بفاسده ، وبالعكس .

ودعوى أن مرجع التمسك بالاحترام الى التمسك بحديث « على اليد » لأنه المستفاد منه :

فيها - مع أن حديث « على اليد » من جملة مادل على الاحترام في بعض الموارد ، لا الاستدلال بالاحترام استدلال بحديث اليد - : أن الحديث لظهور اختصاصه بالأعيان أخص من قاعدة الاحترام الأعم من الأموال والأعمال ، ولذا كان عمل الأجير بالاجارة الفاسدة مضموناً على المستأجر بأجرة المثل - كما هو مضمون بالمسمى في الاجارة الصحيحة ، فلا يتم الاستدلال - كما عن جماعة - بحديث « على اليد » على تمام المدعى من

كلية قاعدة « مايضمن بصحيحه يضمن بفاسده » : كما لايتم الاستدلال عليها بقاعدة الاقدام - كما عن بعض - منهم الشهيد الثاني في (المسالك) في باب الرهن المشروط بكون المرهون مبيعاً بعد انقضاء الأجل ، حيث علل الضمان بعد الأجل بأنه دخل القابض على الضمان ، ودفع المالك عليه وان أضاف اليه حديث « على اليد » (١) وكأنه تبع في التعليل بذلك الشيخ فيما حكي عن (مبسوطه) في مواضع ، حيث علل الضمان في موارد كثيرة من البيع والاجارة الفاسدين ، بدخوله على ان يكون المال مضموناً عليه بالمسمى فاذا لم يسلم له المسمى رجع الى المثل أو القيمة ، لأن الاقدام - مع أنه لادليل على كونه موجباً للضمان ومن اسبابه ، وأن إقدام المتعاقدين عليه انما هو على تقدير الصحة لامطلقاً - فيه أن ما أقدما عليه بالعقد الفاسد من الضمان بالمسمى لم يثبت لهما وما هو ثابت من العوض بالمثل أو القيمة لم يقدما عليه . وبعبارة اخرى - إنما أقدما على الضمان الخاص ، لامطلق الضمان ، ومع انتفاء الخصوصية لايبقى المطلق حتى يتقوم بخصوصية اخرى ، وليست من قبيل الدالين والمدلولين بمعنى الإقدام على الضمان وكونه بالمسمى ، حتى لاينافي انتفاء أحدهما بقاء الآخر .

هذا مضافاً الى ماقيل من أن الاقدام أعم من الضمان من وجه ، فقد يكون الاقدام موجوداً ولا ضمان كالتالف بعد البيع قبل القبض ، فانه لاضمان على المشتري ، مع تحقق الاقدام منه عليه ، وقد يتحقق الضمان بالعقد الفاسد مع عدم الاقدام عليه ، كالبيع بلا عوض ، والاجارة بلا

---

(١) قال - في كتاب الرهن، شرح قول المحقق : ولو شرط : إن لم يؤد أن يكون الرهن مبيعاً لم يصح ... - : « ... والسر في ذلك أنهما تراضيا على لوازم العقد فحيث كان مضموناً فقد دخل القابض على الضمان ودفع المالك عليه ، مضافاً الى قوله (ص) : « على اليد ماأخذت حتى تؤدي » .

أجرة ، ومع ذلك كيف يكون الاقدام دليلا على الضمان.

اللهم إلا أن يجاب عن الأول بان الاقدام إنما هو على كون المقبوض مضموناً عليه أو العقد المضمون بشرط القبض - كما تقدم -

وعن الثاني بأن البيع بلا عوض والاجارة بلا اجرة إن أريد التمليك البيعي أو الاجارتي منهما ، فلا نسلم الاقدام على عدم الضمان الا على تقدير حصول التمليك البيعي أو الاجارتي ، لامطلقا ، وان اريد التمليك المجاني - وان عبر عنه بالبيع أو الاجارة من عقود المعاوضات - فلا نسلم الضمان حينئذ ، لسقوطه بالاقدام على عدمه ، فيدخل في عقود التمليكات المجانية التي لاضمان في صحيحها وفاسدها - كما عرفت - ولعله يأتي لذلك مزيد توضيح ان شاء الله تعالى .

فظهر مما ذكرنا أن قاعدة الاقدام لاتصلح أن تكون دليلا ، ولايبعد حمل كلام الشيخ - رحمه الله - ومن تبعه مما ظاهره الاستدلال على الضمان عليه ، على إرادة عدم وجود المانع عن الضمان من الاقدام على المجانية ، لأنه دخل على أن يكون مضموناً عليه ، لالإثبات المقتضي للضمان بالاقدام فينحل كلامهم الى ثبوت الضمان لوجود المقتضي : من اليد ، والاحترام ، وعدم المانع من الاقدام على المجانية ، لأنه دخل على أن يكون مضموناً عليه ، وان كان يكفي في عدم المانع عدم الاقدام على المجانية ، لا الاقدام على عدمها ، إلا أنه لما كان في الواقع كذلك ، وكان أكد في بيان عدم المانع وقع التعبير به في كلامهم .

فالعمدة في الاستدلال على الكليتين - : الايجابية والسلبية - : هو ماذكرنا من الاجماع المستفيض وقاعدة الاحترام ، وبهما تتم كلية القاعدة طرداً وعكساً :

ثم هاهنا نقوض وإشكالان :

أما النقوض ، فمنها ـ النقض على الكلية السلبية باستعارة المحرم الصيد من المحل ، فانهم حكموا بوجوب الارسال مع غرامة القيمة للمالك ، فهي عارية فاسدة مضمونة ، مع أن صحيحها غير مضمون .

وفيه ـ مع أنه مبني على وجوب الارسال ، والغرامة للمالك كما هو أحد القولين في المسألة ، والآخر ـ وجوب رده الى المالك والفداء لله تعالى ، تقديماً لحق المالك وجمعاً بين الحقين ، وعليه فلا يتم النقض ـ .

مبني أيضاً على الضمان مطلقاً ، ولو بالتلف قبل الارسال ، وهو في حيز المنع وحكمهم بالضمان هنا للاتلاف المنبعث عن وجوب الارسال ، وهو من أسباب الضمان مطلقاً في صحيح العارية وفاسدها ، فالكلام منهم مسوق لبيان حكم الاتلاف بالارسال دون التلف ، دفعاً لما لعله يتوهم من عدم الضمان مطلقاً ، ولو بالاتلاف ، لان المالك اقدم بهذه العارية الواجب على المستعير إتلافها على كونه تالفة عليه .

وبالجملة ، فالصواب أن يقال بعدم الضمان على المحرم مع التلف في يده لكونها عارية فاسدة ، وصحيحها غير مضمون ، ففاسدها كذلك والضمان مع الاتلاف بالارسال لان صحيحها مضمون بالاتلاف ففاسدها مضمون به ايضاً .

وربما يقال ـ بل قيل ـ في توجيه الضمان ـ مطلقا ـ بدعوى انتقال القيمة الى ذمة المحرم بمجرد أخذه له من المحل ، وان كان عارية لوجوب الاتلاف عليه ، إما بخروجه عن ملك المالك بذلك ، فتكون القيمة حينئذ بدلا عن العين ، وان لم يملكها المحرم ، أو بدلا عن الحيلولة مع بقائها على المملوكيـــة مطلقا ، أو الى الارسال ، لان الممتنع شرعا كالممتنع عادة وان جاز للمحل صيده بعد الارسال ـ على التقديرين ـ وعليك باستخراج الثمرة بينهما ، أو بدعوى كونها مضمونة عليه مطلقا ، ولو بالتلف من دون

انتقال القيمة بمعنى كونه في عهـدته لكونه من الاقدام على الاتلاف ، والعرضة له ، فيكون القبض قبض ضمان مطلقا بالتلف أو بالاتلاف إلا أن ذلك كله على عهدة المدعي (١)

---

(١) ينبغي ذكر حكم الصيد الذي استعاره المحرم من المحل . ثم نعقبه ببيان صحة النقض وعدمه ، فنقول : ينسب الى المشهور : أن الصيد المذكور يخرج عن ملك مالكه باستعارته ويجب على المستعير إرساله ، فلو ارسله على الفور لايلزمه الا قيمته للمالك ، ولو أبقاه عنـده مقداراً فتلف وجب عليه القيمة لحق المالك والفداء لحق الخالق ، وأما رده الى المالك فسيأتي بيان حكمه :

أما خروجه عن الملك باستعارته ، فيمكن استفادته مما تسالم عليـه الاصحاب - أو اشتهر بينهم - أن من احرم ومعه صيد كان قد اصطاده أو ملكه قبل احرامه فانه يخرج عن ملكه ويلزمه ارساله فوراً فان لم يفعل ومات يجب عليه الفداء :

واستدل لهم على ذلك بخبر عبد الاعلى - أو صحيحه - المسؤل فيه « عن رجل أصاب صيداً في الحل فمشى برباطه حتى دخل الحرم والرجل في الحل قال عليه السلام : ثمنه ولحمه حرام مثل الميتة » فان تحريم الثمن وجعله كالميتة ظاهران في عدم مملوكيته :

ثم ان خروج ماهو معه من الصيد عن ملكه بالاحرام - وان لم يلازم خروج ملك غيره من الصيد المستعار منه مع إحرام المستعير فيمكن بقاء ملكية الغير له وان وجب على المستعير ارساله فوراً فان المسئلتين مختلفتان موضوعا ، فجاز اختلافهما حكما وان اتفقتا في وجوب الارسال - الا انه يمكن ان يستكشف من الحكم بخروج الصيد عن ملكية الانسان باحرامه - وهو تحت يده - أن وجوب الارسال ليس لمحض التكليف بل لخروج الصيد عن ملك الغير وصيرورته من المباحات باستعارة المحرم له فابقاؤه =

. . . .

= تحت يده - وهو محرم - بمنزلة اصطياد جديد له حال الاحرام كما هو كذلك فيمن أحرم - ومعه صيد ملكه قبل الاحرام - وليس ذلك ببعيد بل هو قريب .

نعم قد يقال : ان المستفاد من رواية عبد الأعلى : ان خروج الصيد عن الملك وصيرورته من المباحات إنما هو بدخوله الحرم فيجوز كون ذلك انما هو من خصوصيات الحرم لامجرد احرام من هو بيده ، بل قد يستظهر ذلك وعليه فمجرد احرام المستعير مالم يدخل به الحرم لايخرجه عن الملك الى الاباحة . وعلى كل فالمسئلتان متحدتان حكما وان اختلفتا موضوعاً .

ثم انه - بناء على ماقربناه من خروج الصيد عن ملك المعير وصيرورته من المباحات باستعارة المحرم له او مع الدخول به فى الحرم - لا اشكال فى ضمان المستعير لقيمته للمعير فيما اذا كان جاهلا باحرامه أو بكون يده على الصيد موجبة لخروجه عن الملك .

واما مع العلم بالموضوع والحكم فربما يقال - بل قيل - بانتفاء الضمان من حيث أن المالك هو المقدم على اتلاف ماله بدفعه لمن يجب عليه إرساله .

وفيه انه لو فرض عدم توسط فعل فاعل مختار بين السبب - وهو هنا دفع المعير - وبين الأثر المترتب عليه - وهو خروجه عن الملك وصيرورته من المباحات - لكان الأمر كما ذكــر ، اذ الاثر حينئذ ينسب الى السبب ولكن فيما نحن فيه يسند الى المباشر وهو المستعير ، فانه لو لم يترتب أخذه للصيد الذي هو باختياره على دفع المعير له لايكون موجبا للتلف بنفسه .

ثم إن المستعير لو عصى ولم يرسله بل دفعــه الى المعير ، فالظاهر عدم خروجه عن الضمان ، فيلزمه قيمته للمالك لاتلافه واخراجه عن ماليته باستعارته وأخذه ، كما يجب عليه الفداء بلا اشكال ، لما ذكرناه من خروجه

. . . .

عن ملك مالكه ورجوعه الى الاباحة الاصلية بمجرد الاستعارة أو مع الدخول به الى الحرم ، فرده الى المعير بمنزلة اصطياد جديد له ، فانه بعد عوده الى الاباحة الاصلية يتملكه من شاء بحيازته .

وبالجملة فحدوث الملك الجديد للمعير بالرد اليه لايوجب رفع الضمان الثابت على المستعير باخذه له وصيرورته من المباحات .

ولا وجه للقول بارتفاع الضمان بالرد الى المعير وتنظيره بصيرورة الخل المغصوب خمراً عند الغاصب ، فانه وان ضمنه للمالك بقيمة الخل لكنه لو رجع الى الخلية بوصوله الى المغصوب منه عند رده اليه فان الغاصب يخرج عن الضمان بذلك .

لانا نقول : مسألة الصيد لاتشبه هذه المسألة ، فان الخل بصيرورته خمراً لايخرج عن الملكية العرفية ، وان انتفت شرعاً . ومن هنا مع ضمان الغاصب للمالك قيمة الخل يبقى له حق الاختصاص فملكيته لم تبطل وان ضعفت شرعاً فعبر عنها بالحق الذي هو مرتبة ضعيفة من الملك . وعليه فلو عاد الخمر الى الخلية بوصوله الى المغصوب منه أو قبل ذلك يرتفع ضمان الغاصب للقيمة حيث كان لجهة الخمرية وقد ارتفعت بعوده الى الخلية ووصل الى المغصوب منه تمام ماغصب منه ، فلا وجه لبقاء الضمان وعدم ارتفاعه . وهذا بخلاف مانحن فيه من مسألة الصيد الذي استعاره المحرم ، فانه بناء على ماقربناه من خروجه عن ملك مالكه باستعارة المحرم له أومع الدخول به الى الحرم وعوده الى الاباحة الاصلية ـ كما كان قبل اصطياده يملكه كل من حازه ووضع يده عليه مالم يكن محرماً ، وشأن مالكه السابق ـ وهو المعير ـ شأن غيره بالنسبة اليه ، ولم يبق له حق اختصاص به ـ أصلا ـ وكان ضمان المستعير لقيمته من جهة إتلاف ماليته وملكيته السابقة ، والذي

حصل للمعير برده اليه وأخذه ملكية ومالية جديدة بعد انعدام الاولى وهي المضمونة ولم تعد : ومن هنا : لو فرض أن المستعير أرسلـه ثم اصطاده المعير ، فهل يمكن القول بارتفاع الضمان من المستعير بدعوى عود المضمون الى مالكه السابق ؟ لا أظن ان القائل يلتزم بذلك . والسر فيه أن الاصطياد ملكية جديدة وليست عوداً للملكيـة السابقة ، وأي فرق بين الاصطياد بعـد الارسال والرد الى المعير وأخذه بناء على عدم توقف الخروج عن المالية على الارسال ، بل حصوله بأخذ المستعير للصيد أو بادخاله الى الحرم؟

اذا تمهد ذلك ، فنقول : لانقض على السالبة الكلية أعني : (مالا يضمن بصحيحه لايضمن بفاسده) بضمان الصيد المستعار للمحرم من المحل ، وقد وجه شيخنا الانصاري - قدس سره - عدم النقض بقوله : « الا أن يقال ان وجه عدم ضمانه بعد البناء على انه يجب على المحرم إرساله واداء قيمته ان المستقر عليه قهراً بعد العارية هي القيمة لاالعين ، فوجوب دفع القيمة ثابت قبل التلف بسبب وجوب الاتلاف الذي هو سبب لضمان ملك الغير في كل عقد لابسبب التلف » انتهى :

وحاصل هذا التوجيه : أن الضمان الموجود في مورد النقض - وهو استعارة المحرم للصيد - غير المنفي في القضية السالبة (مالا يضمن بصحيحه لايضمن بفاسده) فان المنفي ضمان العين بقيمتها بتلفها وهذا ضمانها باتلافها فان المتعهد به والمستقر عليه بعد الاستعارة هو قيمة الصيد الثابتة في العهدة قبل تلفه لحكم الشارع بوجوب إتلافه بارساله فهو ضمان اتلاف للصيد ، والاتلاف وان لم يتحقق بأخذ الصيد ، وانما هو حاصل بالارسال ، ولكن لما وجب على المحرم الارسال - فوراً - فهو - اي الاتلاف - بمنزلة الحاصل فعلا :

. . . .

وبالجملة ، فالمنفي في القضية السالبة ضمان تلف العين فيما لايضمن بصحيحه من العقود المجانية - ومنها مورد النقض - والموجود ضمان إتلافها وهو حاصل في جميع العقود - معاوضية كانت أم مجانية - :

هذا ، ولكن : بناء على ان اتلاف مالية الصيد وإرجاعه الى الاباحة الاصلية لايتوقف على إرسال المستعير له ، بل هو حاصل باستعارة المحرم وأخذه ، كما نسب الى المشهور - او بادخاله لـه الى الحرم - كما هو المستفاد من رواية عبد الاعلى - يتم ماذكره : من المستقر عليه بعد العارية هو القيمة ، فوجوب دفعها ثابت قبل التلف ، وأما لو كان الصيد المستعار باقياً - بعد - على ملك المعير وانما يكون خروجه عن المالية باتلافه بالارسال غاية الامر أنه يجب ذلك على المستعير المحرم بعد الاخذ واداء قيمته الى المعير ، فبأي وجه يمكن ان يقال : ان المستقر عليه - فعلا - قيمته الذي هو معنى الضمان الوضعي وان وجوب دفع القيمة الذي هو لازم الضمان ثابت قبل التلف بمعنى الارسال والحال ان الضمان ولازمه مسببان عن الاتلاف وكيف يمكن تحقق المسبب قبل حصول . سببه . وما وجهنا به ذلك من ان ايجاب الشارع على المحرم ارساله - فوراً - بمنزلة الاتلاف ، لايرجع الى وجه محصل : ولعل تعبير الشيخ الانصاري - قدس سره - بقوله « الا أن يقال » مشعر بضعفه وعدم ارتضائه له .

هذا وماذكره سيدنا الخال المصنف فيما تقدم من كلامه في دفع النقض بانه مبنى على الحكم بضمان المحرم للصيد المستعار مطلقا ولو تلف قبل إرساله وهو ممنوع - الى آخر ماذكره - فانه وان حصل به دفع النقض عن القاعدة ، لكنه مبني على كون الضمان ولزوم دفع القيمة للمالك بعد الاتلاف بالارسال ، فلو تلف قبل الارسال لم يضمنه المستعير . والذي قربناه مانسب

ومنها - النقض بنماء المبيع بالبيـــع الفاسد غير المستوفى [1] فانـــه مضمون، مع كونه غير مضمون بصحيحه، فانه مضمون بسبب الاتلاف

= الى المشهور من الحكم بضمان قيمة الصيد عند أخذ المستعير له بسبب سقوط ماليته وعوده الى الاباحة الاصلية باخذه، وان شئت فقل: وادخاله الى الحرم - على مايستفاد من رواية عبد الاعلى - وعليه، فلا فرق بين إرسال المحرم له اورده الى المعير او ابقائه تحت يده حتى تلف.

وعلى كل فالضمان الموجود في عارية المحرم للصيد هو بسبب الاتلاف الحاصل باخذ المستعير للعين المستعارة من المعير - على مانسب الى المشهور - او ادخالها بعد اخذه الى الحرم استفيد من الرواية اوبارسالها بعد اخـذها - كما اختاره سيدنا قدس سره - وصحيح العارية مضمون بالاتلاف كفاسدها والمستفاد من القضية السالبة عدم الضمان فيها بسبب التلف، فلا نقض عليها.

(١) ربما يرد النقض على القاعدة بنماء المبيع بالبيع الفاسد ومنافعـــه فانها مضمونة على المشتري للبائع مع كونها غير مضمونة في الصحيح:

هذا، ولكنا ذكرنا - سابقاً - أن القاعدة ليست في مقام بيان كل ماهو مضمون أوغير مضمون في العقود الفاسدة وانما هي لبيان الضابط لتميز مايضمن فيه مورد العقـد ومصبه مما لم يضمن فيه ذلك، وفي ماسواه يرجع في ضمانه وعدم ضمانه الى القواعد الأخر. وحيث كان مصب العقد في البيع نفس المبيع، وهو مضمون في صحيحه، فكـــذا يضمن في فاسده، وأما النماء والمنفعة فالمرجع فيها قاعدة تبعيتها للاصل، وحيث كان المبيع في البيع الفاسد ملك البائع فمقتضى تلك القاعدة ضمان المشتري مااتلفه اوتلف تحت يده من نمائه وكذا مااستوفاه أو فات تحت يده من منفعته.

هذا في المقبوض في البيع الفاسد. وأما المقبوض بالصحيح، فنماؤه ومنفعته ملك القابض كالاصل:

نعم لو حصل فسخ في البيع بخيار أوانفساخ فيه باقالة فما يحدث من النماء =

وفيه ان عدم ضمان النماء في البيع الصحيح لكونه من نماء ملكه غير ملحوظ فيــه انتقاله بالعقد من المالك حتى يصح اتصافه بكونه مضمونا أوغير مضمون فى العقد الصحيح .

ومنها ـ النقض بحمل المبيع بالبيع الفاسد ، فان المحقق ـ رحمه الله ـ في (الشرائع) ـ مع بنائه على عدم دخول الحمل في بيع الحامل إلا بالشرط ـ كما هو المشهور ـ (١) بل حكى الاجماع عليه ـ جزم بضمانه على المشتري فيه ـ مع انه غير مضمون في البيع الصحيح لكونه بيد المشتري أمانة مالكية وحكى ذلك عن (المبسوط) ايضاً.

والحق ، أن الحمل غير مضمون على المشتري لكونه أمانة مالكيــة بيده مطلقا في صحيح البيع وفاسده وان كان الحامل مضموناً عليه بالمسمى في الأول وبالقيمة في الثاني .

وعلى الدخول بالشرط ينزل كلام المحقق ـ رحمه الله ـ في (الشرائع)

= بعدها كالأصل مضمون بمثله أوقيمته على القابض لو اتلفه أو تلف تحت يده مالم يستأمنه المالك عليه فلا يضمنه بالتلف وكذا المنفعة الحادثة المستوفاة او الفائتة فانها مضمونة باجرة المثل مالم يستأمنه المالك على العين ، فلا يضمن الفائت منها وأما السابق عليها فلا يضمنها ـ مطلقا ـ

اللهم الا أن يقال ببطلان المعاوضة من اصلها بالفسخ أو الانفساخ ، لكنه ضعيف ، بل الاقوى البطلان من حينها ـ فتامل جيداً ـ .

---

(١) حيث يقول ـ في كتاب التجارة ، الفصل التاسع في بيع الحيوان،الثاني ـ في احكام الابتياع : ـ « ... واذا باع الحامل فالولد للبائع على الاظهر ، إلا أن يشترطه المشتري ... » .

كما في (المسالك) (١) وبناء الشيخ في (المبسوط) على أصله فيه من دخوله في المبيـع تبعاً كالجزء (٢) وان انكر شيخنا في (الجواهر) كونه أمانة لكون الاذن من المالك في البيع الفاسد من جهة اعتقاد كونه مستحقاً عليه فالاذن مقيد بجهة الاستحقاق ومن حيث البيعية ، والمقيد ينتفي بانتفاء جهة تقييده ، وجعله هو الوجه في إطلاق كلام مصنفه .

وفيـه : أن توهم الاستحقاق او اعتقاده من الجهات التعليلية لامن الجهات التقييدية وبعبارة اخرى: من الدواعي ، لامن مشخصات الموضوع وتخلف الداعي عن الواقع لايخرج الامين عن كونه أميناً .

نعم ، مع علم المالك بتخلف الداعي وخطأ الاعتقاد لم يجعله أميناً ، واين ذلك من الضمان بعـد جعله أميناً لو تلف بغير تعد وتفريط كما هو المفروض في المسألة .

وبالجملة فالضمان وعدمه في الفرض ـ يدور مدار الامانة وعدمها ، لاصحة العقد وفساده ، لعدم مدخلية الحمل في المبيع ، وليس من متعلقات عقد البيع اصلا حتى يكون مورد النقض على القاعـدة ـ لوسلم ضمانه في الفاسد ـ لأن النقض انما يتم في متعلقات العقد دون مايقارنه ، وان كان مستلزماً له بناء على ارادة العقد من كلمة (ما) في القاعدة دون القبض :

ومنها ـ النقض بالشركـة الفاسدة أورده شيخنا المرتضى ـ رحمه الله ـ

---

(١) راجع : الجزء الأول كتاب التجارة ـ في بيع الحيوان ـ في شرح قول المحقق الآنف « فاذا باع الحامل ... » حيث يقول : « ... هذا هو المشهور وعليه الفتوى ، وخالف فيه الشيخ ، وتبعه جماعة محتجاً بأنه جزء من الحامل ، فيدخل ، ولا يصح استثناؤه . . . حتى حكم بفساد البيع لو استثناه البائع كما لو استثنى جزء معيناً ، وحيث يشترطه المشتري يدخل وان كان مجهولا لأنه بايع للمعلوم ... »

(٢) كما عرفت ـ آنفاً ـ من نقل الشهيد عنه في (المسالك) .

في (مكاسبه) بما لفظه : « ويمكن النقض - أيضا - بالشركة الفاسدة بناء على أنه لايجوز التصرف بها فأخذ المال المشترك - حينئذ - عدواناً موجب للضمان » (١) :

والظاهر ارادة شركة العنان ، لأنها المتصور فيها الصحيح ، والفاسد دون غيرها من أقسام الشركة (٢).

وفيه : أنه إن أراد بالضمان مع عدم الاذن في التصرف من الشريك فهو من التصرف عدواناً،وبغير حق - على التقديرين - . وإن كان باذنه فلا ضمان في الشركة الفاسدة - ايضا - لأنه مأذون من الشريك :

ودعوى كون الاذن من جهة الشركة المفروض عدمها في الفاسدة .

فيها ماعرفت : من كون الجهة تعليلية ، لاتقييدية ، ومن مشخصات الموضوع ، بل هي من الدواعي - كما تقدم - .

وان أراد كفاية عقد الشركة للاذن بجواز التصرف بناء على ظهوره فيه مالم يمنع عنه من غير حاجة الى اذن مستقل بعد العقد ، وهو إنما يتأتى في العقد الصحيح دون الفاسد الذي يكون وجوده كعدمه من جهة الغاء الشارع له .

ففيه - مع أنه من أصله غير مسلم - (٣).

---

(١) راجع : كتاب البيع ، مسألة المقبوض بالعقد الفاسد ، في قاعدة (مالايضمن بصحيحه لايضمن بفاسده) .

(٢) الشركة : قد تكون بأعيان الأموال - وتسمى شركة العنان - وقد تكون بالمنافع - وتسمى شركة الأعمال - وقد تكون بالمفاوضة في الغنم والغرم ، وقد تكون بالوجوه .:. والاولى هي الصحيحة ، والثلاثة الآخر باطلة - كما عليه عامة الفقهاء - (ولتفصيل الموضوع راجع : كتب الفقه ، كتاب الشركة) .

(٣) أقول : الشركة : قد تكون واقعية ، عرفوها بأنها اجتماع حقوق =

. . . .

= الملاك في الشيء الواحد على سبيل الشياع ، وهي من الاحكام لامن العقود . نعم سببها ربما يكون عقداً ، كما لو اشترى شخصان شيئاً واحداً لهما ، وقد يكون سببها إرثاً ، كما اوورث اثنان شيئاً واحداً ، أو مزجا - قهرياً أو اختيارياً - في مالين لمالكين بحيث لايتميز أحدهما عن الآخر :

وقد تكون الشركة انشائية عقدية ينشأ بها التعاقد والتعاهد على الاسترباح بالمال المشترك بالتكسب به واستنمائه بالعمل به بحدود وقيود ذكرت - في بابها من كتب الفقه -

ونسبة الواقعية الى العقدية كنسبة الموضوع الى الحكم ، فان التعاهد على الاسترباح مورده المال المشترك :

ثم إن في كفاية عقد الشركة بين المتعاقدين للاذن بجواز تصرف كل منهما في المال الذي تعاقدا على استرباحه وعدم الاحتياج فيه الى اذن مستقل من كل منهما للآخر ، وعدم الاكتفاء بذلك ، بل لابد من الاذن المستقل به - وجهين - بل قولين - وظاهر سيدنا المصنف - قدس سره - عدم تسليم كفاية عقدها للاذن حيث يقول : « وإن أراد كفاية عقد الشركة للاذن بجواز التصرف - الى أن يقول - : ففيه مع أنه من اصله غير مسلم ... »

ولكن يمكن أن يقال : ان اشتراك المالكين في المال الواحد اذا كان مسبباً عن سببه المقتضى له من ارث أو اشتراء أو مزج - كما تقدم - وكان استحقاق كل من الشريكين من ربح المال المشترك ونمائه بنسبة حصة من المال مما يقتضيه الاشتراك في المال الواحد ، وكذا لو ورد التلف والخسارة عليهما بتلك النسبة :

فلو لم يكن إنشاء عقد الشركة من المالكين كافية في إذن كل منهما =

. . . .

= لصاحبه في التصرف بالمال المشترك بالتكسب به واستنمائه بالعمل فيه ، بل كان جواز التصرف محتاجاً الى اذن مستقل ، فأي أثر يمكن أن يكون مستفاداً من انشاء التعاهد والتعاقد بين الشريكين ؟

ومن هنا قال المحقق الثاني ـ قدس سره ـ في (جامع المقاصد) في مقام الاستدلال على كفاية عقد الشركة في الاذن وعدم الاحتياج الى اذن مستقل بأنه : « لولاه لزم لغوية الشركة » يعني العقدية :

وما ذكره بعض المعاصرين ـ في تعليقته على مكاسب الشيخ : من لزوم كون الفاظ العقود صريحة ـ عرفاً ـ في انشاء مضمونها ، ومن الواضح عدم ظهور لفظ عقد الشركة في إذن الشركاء في حصصهم لكي يكون انشاء للاذن فالالتزام بعدم ترتب الفائدة على العقد أهون من ترتب مالايكون أثراً له عرفاً ـ كما لايخفى ـ انتهى :.

فيه : ان اعتبار صراحة الفاظ العقود في انشاء مضامينها أو كفاية الظهور العرفي في ذلك ، ولو كان حاصلا بواسطة القرينة التي اشتمل العقد عليها أو الاعم من ذلك ومن القرينة الخارجية ، إنما هو في العقود اللازمة كالبيع والاجارة والنكاح ـ مثلا ـ دون ماكان منها قوامه الاذن من كل من المتعاقدين للآخر في التصرف فيما هو له فان المناط فيها حصول الاذن والرضا بذلك من أي لفظ استفيد ، ولا ريب في استفادة الاذن بجواز التصرف بالمال المشترك بين المتعاقدين من إنشاء التعاهد والتعاقد بينهما باسترباح المال بالتكسب به واستنمائه بالعمل فيه .

وبالجملة ، فالاظهر كفاية عقد الشركة للاذن بجواز التصرف وعدم الاحتياج الى اذن مستقل وفاقاً للمحقق الثاني وكثير من الأصحاب على مايظهر =

لا مدخليــة لالغاء الشارع سببية العقد للشركة فيما ليس مجعولا لــه من ظهور الالفاظ في مداليلها وكشفها عما في ضمير المتكلم فان كان العقد بلفظه أوبمعونة شاهد الحال كاشفاً عن تحقق الاذن ، كان كاشفاً ـ مطلقاً ـ الغاه أم أمضاه ـ وإلا ، فلا كذلك .

وربما يتوهم النقض أيضاً بعامــل القراض اذا أخذ المال قراضاً ، وكان عاجزاً عنه ، مع جهل المالك به ـ بناء على فساد المضاربة ـ حينئذ ـ كما هو الاظهر ، وعليه شيخنا في (الجواهر) ، فانهم حكموا بضمان المال عليه ـ مطلقاً ـ أو على التفصيل المحرر في محله مع أنها مضاربة ، وصحيحها غير مضمون ، ففاسدها ينبغي أن يكون كذلك .

ويدفعــه : أن الضمان ـ هنا ـ بسبب التعدي بوضع يده على المال على الوجه غير المأذون فيه ، ولذا قال به من قال بصحة المضاربة ـ أيضاً ـ كما في (المسالك) وغيرها ـ لعدم المنافاة بين الضمان وصحة المضاربة ، كما لو عين المالك جهة خاصة ، وخالفها العامل ، فان المضاربة صحيحة ، والربح بينهما على الشرط :

= منهم ، وان ظهر من سيدنا الخال ـ قدس سره ـ عدم التسليم لذلك ، وفاقاً غيره :

هـذا اذا لم يعين نحو التكسب والعمل بالمال المشترك عند التعاقد عليه بل اطلق واوكل الى مايراه العامل مما فيه الربح ، والا فمن الواضح عدم جواز التعدي عنـه الا برضا الشريكين ، وكذا لو منع احدهما الاخر من تصرف خاص بعد التعاقد عليه ،

وعلى كل فالنقض غير وارد كما ذكر ذلك سيدنا في المتن :

مع كون المال مضموناً عليه بالتعدي [١].

(١) الكلام في المسألة فيما اذا كان رأس المال في المضاربة بمقدار يعجز العامل عن التجارة به، وكان قادراً على التجارة ببعضه مع اشتراط المالك مباشرته في العمل بلا استعانة بالغير، اوكان عاجزاً ولو مع الاستعانة بالغير، والمسألة من ناحيــة صحة المضاربة وعدم صحتها ذات قولين، والاظهر فسادهما كما اختاره جماعة من اصحابنا، حيث انه يشترط في العامل في باب القراض أن يكون قادراً على العمل بمال القراض فمع عجزه لاتصح مضاربته، كما لايصح استيجاره على العمل اذا كان عاجزاً عنه، وعليه فيكون ربح ما اتجر به من بعض المال للمالك، ولا نصيب للعامل فيه.

نعم له أجرة مثل علمه مع جهله بالبطلان بلا ريب.

اما مع علمه به (ففي) استحقاقه اجرة على عمله الذي استوفاه المالك منه بمضاربته مع عدم تبرعــه به، بل كان بذله بأزاء الحصة من الربح التي تعهــد بها المالك له على تقدير الحصول، وقــد حصل، غايته أنه لايستحقها - شرعاً - لفساد المضاربة بفقد شرطها، وهو قدرة العامل على العمل بمجموع مال المضاربة، وذلك لايقتضي التبرع بالعمل، فمقتضى قاعدة «مايضمن بصحيحه يضمن بفاسده» استحقاقه اجرة المثــل على عملــه (أو عدم) الاستحقاق، لأنه مع علمه بفساد المضاربة لعدم قدرته على العمل بمال القراض: وعدم استحقاق ماجعله المالك له من الربح شرعاً - يكون كالمتبرع بعمله، واقدامه على بذله مجاناً:

وجهان: لايبعد أن يكون أولها أوجه، إذ لايلزم من علمه بفساد المضاربة، وعدم استحقاقه الربح شرعاً كونه متبرعاً بعمله، فانه لم يبذل للمالك بنحو (المجان) بل بازاء الحصة من الربح المجعولة له في العقد، فعمله مضمون على المالك المستوفي له بمضاربتــه، وفسادها - شرعاً - =

. . . .

= لعدم قدرته على العمل بتمام مال المضاربة ، غاية مايقتضي عدم استحقاقه - شرعاً - الحصة من الربح المجعولة له في عقدها ، لاعدم استحقاق اجرة على ماقدر عليه من العمل بالبعض ، مع فرض عدم التبرع بعمله فيه ، وكونه مأذوناً في ذلك من المالك لجهله بعجزه كما هو المفروض :

هذا ، بناء على مااستظهرناه من بطلان مضاربة من لم يقدر على العمل بمجموع مال المضاربة ، وان كان قادراً على العمل ببعضه - كما اختاره جماعة من الاصحاب - :

وربما يقرب - بل يختار الصحة - فيما قدر عليه من العمل في بعض مال المضاربة واستحقاق العامل الحصة من ربحه وقواه بعض السادة من العلماء المعاصرين طاب ثراه في تعليقته على هذه المسألة من (العروة الوثقى) ولعل وجهه أن المعاملة على مجموع رأس المال بالتجارة فيه واسترباحه ، وان كانت واحدة ، لكنها لدى التحليل معاملة على كل جزء منه يمكن التجارة به واسترباحه بحصة من ربحه وفسادها بالنسبة الى ماكان غير قادر على التجارة به ، لايقتضي الفساد بالنسبة الى ماكان قادراً فيه من العمل ، فيصح ويستحق الحصة من ربحه .

وعلى كل فسواء قلنا بأن العاجز عن العمل بمجموع مال المضاربة القادر على العمل في البعض تصح مضاربته فيما قدر عليه من العمل ، ويستحق الحصة من ربحه أو قلنا بفسادها ، وعدم استحقاقه لها . فالعامل فيما قدر عليه ، لم يكن متبرعاً بعمله ، فان المتبرع من لايبتغي بعمله عوضاً ، وبمجرد علمه بفساد المضاربة على فرضه وعدم استحقاقه الحصة من الربح فيما عمل فيه شرعاً مالم يكن بانياً على الالتزام بحكمه الشرعي ، لايكون متبرعاً بعمله فيما تمكن منه من البعض .

. . . .

ثم على ما استظهرناه : من فساد المضاربة (ففي) ضمان العامل لتلف المال الامع علم المالك بالحال بعد مضاربته وانه عاجز عن العمل بتمام المال (أو عدم) ضمانه ـ مطلقاً ـ : وعلى الضمان ، فهل يضمنه كله ـ لعدم التمييز به مع عدم الاذن في اخذه على هذا الوجه ، أويضمن القدر الزائد لأن العجز يكون بسببه ، فيختص به ، أوالتفصيل بين ما اذا اخذ الجميع ـ دفعة ـ فيضمن الكل ، وبين ما اذا أخذ اولا بقدر مقدوره ، ثم اخذ الزائد ، ولم يمزجه بما أخذه أولا ـ فيختص الضمان بالزائد . : وجوه ، وأقوال :

أقواها : عدم الضمان ـ مطلقا ـ كما قواه شيخنا الاستاذ النائيني ـ رحمه‌الله ـ في (تعليقته على العروة الوثقى) ـ علم المالك بالحال أم لم يعلم ، اخذ المال كله دفعة أم اخذ مقدوره ثم اخذ الزائد عليه ، مزجه مع الاول ام لم يمزجه ـ لأن يد العامل على المال يد استيمان ، وتسليط المالك له تسليط (مجان) فان دفعه اليه كان لاسترباحه واستيمانه ، لا لدفع شيء بأزائه :

وما وجه به سيدنا ـ قدس سره ـ الضمان بأنه بسبب التعدي بوضع يده على المال على الوجه غير المأذون فيه ... الخ وحاصله : أن الامين إنما لايضمن اذا لم يتعد ، وهذا متعد ، فهو ضامن :

قابل للمناقشة ، فان التعدي الموجب لضمان الأمين ، هو تعديه عن الحدود والقيود التي عينها له المستأمن ، ففي مسألتنا : لو عين له صاحب المال شراء متاع معين به ، فاشترى غيره ، أو منعه من السفر بمال المضاربة فسافر به ، او نحو ذلك مما يكون فيه العامل متجاوزاً ومتعدياً عما عينه وحدده صاحب المال ، فانه مع التجاوز يكون ضامناً بلا اشكال ، لعدم اذن المالك بتصرفه في المال على الوجه المذكور ، وليس هومحل كلامنا ، =

. . . .

= بل هو ما اذا كان العامل عاجزاً عن العمل بجميع مال المضاربة وكان قادراً على العمل ببعضه ، وكان المالك جاهـلا بعجزه حين دفعـه اليه واستئمانه عليه ، وعدم قدرته على العمل بالجميع المقتضي ، لفساد المعاملة بناء على مااستظهرناه لايوجب انتفاء الاذن من المالك ، وكونه متعدياً بوضع يده على المال على الوجه غـير المأذون فيه ـ كما يقول سيدنا ـ إذ الاذن من المالك حاصل ـ وجداناً ـ غايته كان مبنياً على ماتخيله من قدرة العامل على العمل بمجموعـه والتجارة به غير الحاصل ـ حسب الفرض ـ . ومن هنا كانت المعاملة فاسدة .

ولكن الظاهر أن هذا التخلف من قبيل تخلف الداعي ـ غير الموجب لعدم الاذن في الاخذ ـ لامن قبيل تخلف العنوان .

والحاصل إن المدعى أن جهة قدرة العامل على العمل بمال المضاربة بالنسبة الى صحة المعاملة معـه وعدم صحتها ، وان كانت تقييدية واقعية ، فمضاربة القادر على العمل بمال المضاربة صحيحة ، وان اعتقـد المالك حين انشاء المعامـلة عجزه عن العمل بمجموعـه ، ومضاربة العاجز عن العمل بالمجموع فاسدة ، وان اعتقد المالك قدرته على ذلك حين المعاملة معه .

ولكن هي ـ أي الجهـة المذكورة ـ بالنسبة الى حصول الاذن من المالك في اخـذ المال والتصرف فيه ، تعليلية اعتقادية ، فان اعتقـاد المالك قدرة العامـل على العمل من قبيل الداعي لحصول الاذن منه الذي لايضر تخلفه في واقع الأمر ، وانه لولا اعتقاده بقدرة العامل على العمل لما حصل الاذن منه ، فان الاذن المذكور لايرجع الى التقييد ليكون مفاده : انك ـ أيها العامل ـ مأذون بالتصرف والاتجار بالمال ان كنت قادراً ، وإلا =

وقد يتوهم النقض - أيضاً - باستعارة العين المغصوبة من الغاصب، فانهم حكموا بالضمان في بعض صور تلف العين.

وجملة صورها: هو أن يقال: إما أن يكون التلف في يد الغاصب المعير (١) أو في يد المستعير. وعلى التقديرين، فتارة مع جهل المستعير بالغصب، واخرى - مع العلم به. وعلى التقادير، فاما أن تكون العارية مضمونة بالشرط، أو كانت من الذهب والفضة، او لم تكن. وعلى التقادير كلها، فاما أن يرجع المالك على الغاصب المعير، أو على المستعير:

وأما أحكامها، فليعلم - أولا - ان للمالك الرجوع على اي منها شاء من غير فرق بين كون العين متلفة أوتالفة في يد المستعير اوفي يد المعير (٢) لقاعدة تعاقب الأيدي (٣). فان رجع على المستعير بالعين وما استوفاه من المنفعة (٤). رجع المستعير بها (٥) مع جهله بالغصب على المعير، ان

= فلست بمأذون، حتى يضر تخلفه:

وبالجملة: فانه لظير من اذن لشخص بالتناول من طعامه أو الدخول في داره معتقداً كونه صديقاً له، وكان في الواقع عدواً له بحيث لوكان عالماً بذلك لما أذن له، فان الظاهر جواز تناوله من ذلك الطعام أو دخوله في الدار، اعتماداً على الاذن الحاصل من المالك بالتناول منه أو الدخول فيه، فتأمل جيداً:

---

(١) بعد عودها الى المعير من المستعير.

(٢) يعني بعد عودها اليه - كما عرفت -.

(٣) المقتضية لضمان كل من الايدي المتعاقبة على مال الغير:

(٤) بمعنى أخذه عوضها منه.

(٥) أي بما اخذه المالك منه من بدل العين، وبدل ما استوفاه من المنفعة.

لم تكن العارية مضمونة عليه [١] ولو كانت العين تالفة في يده [٢] لغروره [٣] ولكونها عارية منه [٤] وهي غير مضمونةبصحيحها ، فلاتضمن بفاسدها أيضا [٥] ولا يعارضها قاعدة (قرار الضمان على من كان التلف في يده) لأنها فرع تحقق أصل الضمان المنفي بقاعدة (مالا يضمن) ضرورة أن مفادها نفي ماهو بمنزلة الموضوع لقاعدة القرار :

ومنه يظهر الوجه في عدم رجوع الغاصب المعير على المستعير مع جهله ، إن رجع المالك عليه ـ مطلقاً ـ [٦] إلا اذا كانت العارية مضمونة على المستعير وكان التلف بيده ، فانه يرجع عليه ببدل العين دون المنفعة لأنها عارية مضمونة وهي مضمونة بصحيحها ، فتكون مضمونة بفاسدها أيضاً ـ ومنافعها غير مضمونة ـ مطلقاً ـ [٧].

---

(١) واما اذا كانت مضمونة عليه فيرجع المستعير على المعير بما اخذه المالك منه من بدل ما استوفاه من المنفعه أو الفائته تحت يده .

(٢) أي في يد المستعير :

(٣) بمقتضى النبوى المشهور : « المغرور يرجع فيما غرمه على من غره » :

(٤) أي من المعير .

(٥) بناء على أن المورد مشمول للقاعدةالمذكورة ، وأما بناء على ماسيجيء من المصنف من عدم شمول القاعدة للمورد واختصاص ذلك بالعارية المستعارة من المالك ، فينحصر المدرك في عدم ضمانه بقاعدة الغرور .

(٦) يعني : إن المالك لو رجع على الغاصب المعير بقيمة العين التالفة عند المستعير وبعوض ما استوفاه من منفعتها مع جهله بكونها مغصوبة ، لايرجع بما غرمه للمالك على المستعير المفروض كونه مغروراً من قبله ، إذ لامعنى لرجوعه على من لو رجع المالك عليه بذلك رجع به عليه ، لكونه مغروراً من قبله .

(٧) سواء في ذلك العارية الصحيحة والفاسدة ، أما في الصحيحة فواضح =

هذا ، وفي (الشرائع) : جعل الوجه - مع جهل المستعير - اختصاص الضمان بالغاصب - عيناً ومنفعة ، تلفت في يده أو في يد المستعير - [١] وليس بوجيه ، لمخالفته الأخبار المنجبرة [٢] وقاعدة (تعاقب الأيدي) [٣]

ولعل نظره - كما في المسالك - الى ضعف مباشرة المستعير بالغرور والسبب الغار أقوى [٤] لا ماعلله شيخنا في (الجواهر) : بقاعدة (مالا يضمن ..) إذ لا عارية بين المستعير والمالك حتى يستند عدم تعلق الضمان له عليه الى قاعدة (مالا يضمن) ، نعم تجري القاعدة بين المستعير والمعير لتحقق العارية بينهما .

= وأما في الفاسدة فللتسلط عليها - مجاناً - بناء على أن التسليط المجاني عليها ، ولو كان من غير المالك، لايقتضي الضمان.

(١) ونص عبارته - كما في كتاب العارية، الفصل الأول - : « ... ولو استعار من الغاصب وهو لايعلم كان الضمان على الغاصب ، وللمالك إلزام المستعير بما استوفاه من المنفعة ، ويرجع على الغاصب ، لأنه أذن في استيفائها بغير عوض ، والوجه تعلق الضمان بالغاصب - حسب - وكذا لو تلفت العين في يد المستعير » :

(٢) المراد بها : ما في المرسل : « عن علي - عليه السلام - ، وخبر اسحاق بن عمار عن أبي عبد الله وأبي إبراهيم - عليهما السلام - : « اذا استعيرت عارية بغير إذن صاحبها فهلكت ، فالمستعير ضامن » :

(٣) على مال الغير بغير استحقاق ، فانها تقتضي ضمان الكل للمالك ، نعم المغرور يرجع بما غرمه للمالك على غاره :

(٤) قال في (المسالك - كتاب العارية ، تحت عنوان قول المحقق (ولو استعار ...) : « ... ووجه ما اختاره المصنف من اختصاص الضمان بالغاصب حيث لاتكون العارية مضمونة : أن المستعير مغرور فضعفت مباشرته ، فكان السبب الغار أقوى » .

فمن الغريب نسبته الغرابة الى (المسالك) حيث قال : « اللهم إلا أن يقال ان قاعدة (مالايضمن بصحيحه لايضمن بفاسده) تقتضي ذلك ولعلها المدرك للمصنف وغيره في الحكم بعدم الضمان ، لامافي (المسالك) من الأول ، فمن الغريب ما فيها من موافقته على جريانها في المقام ، حتى استدل بجزء الاثبات منها على ضمان الجاهل في العارية المضمونة ، مع إنكاره على المصنف الحكم بعدم الضمان » انتهى (١)

(١) راجع : كتاب العارية من (كتاب متاجر الجواهر) - في شرح قول المحقق - : « وكذا لو تلفت العين في يد المستعير ... » .

ثم إن الكلام في وجه ما اختاره المحقق : من اختصاص الضمان في العين المغصوبة من المالك ، المستعارة لمن جهل بغصبيتها - بالغاصب وعدم ضمان المستعير لها عيناً ، ومنفعة ما استوفاها المستعير منها وما فاتت تحت يده ، وما ذكره (صاحب الجواهر - رحمه الله -) : من توجيهه بقوله : « اللهم إلا أن يقال : إن قاعدة (مالايضمن بصحيحه لايضمن بفاسده) تقتضي ذلك ، ولعلها المدرك للمصنف وغيره في الحكم بعدم الضمان » انتهى :

غير واضح ، إذ الكلام في وجه عدم ضمان المستعير لمالك العين لو رجع عليه بقيمتها بعد التلف ، وبعوض ما استوفاه من منفعتها أو فات تحت يده ، واختصاص ذلك بالغاصب ، ولا عارية بين المالك والمستعير ، لتكون قاعدة (مالايضمن) مقتضية لعدم ضمانه له . نعم ، العارية بين المعير والمستعير ولا كلام في عدم ضمانه له لو رجع المالك على المعير بعوض ماتلف في يد المستعير ، وبمنفعتها الفائتة أو المستوفاة له ، مالم تكن عارية مضمونة ، فله الرجوع عليه بما غرمه للمالك : من قيمة العين دون منفعتها .

وبالجملة ، لم يتضح ماوجهه في (الجواهر) بما عرفت : =

. . . .

= كما أن ماوجه به الشهيد في (المسالك) مااختاره المحقق - رحمه‌الله - بقوله : « ووجه ما اختاره المصنف من اختصاص الضمان بالغاصب حيث لا تكون العارية مضمونة : أن المستعير مغرور ، فضعفت مباشرته فكان السبب الغار أقوى » انتهى :

لم يتضح - أيضاً - فان قاعدة أقوائية السبب من المباشر واختصاص الضمان بالسبب ، موردها ما اذا كان استناد تلف المال أو النفس الموجب للضمان الى السبب - عرفاً - ولا ينظر الى دخـل المباشر فيه ، نظير من أعطى سكيناً لطفل غير مميز فجرح نفسه ، أو فتح باب المحبس عن مفترس فخرج وافترس إنساناً أو حيواناً ، أو حفر بئراً في ممـر من الناس ولم يتخذ لها حافظاً وواقياً ، فسقط فيها إنسان لايبصر ، اوزاحمه حيوان فوقع فيها ، أو أجّج ناراً في عاصف من الريح ، ولم يتخذ لها واقياً ، فاحترق بها مال للغير ، ونحو ذلك مما يكون استناد التلف فيه الى المسبب - عرفاً - ففي جميع ذلك ونظائره صح أن يقال : السبب أقوى من المباشر ، واختص الضمان به :

أما في مثل مانحن فيه مما كان سبب الضمان فيه استيلاء غير المستحق على مال الغير - وقد اخذه ممن سبقه - في عدم الاستحقاق ، غاية الأمر ان السابق عالم بعدم استحقاقه ، والآخذ منه جاهل به ، فكون ذلك من موارد القاعدة المذكورة ، غير واضح ، نعم هو من موارد قاعدة (الغرور) وليس مفادها عدم ضمان المغرور واختصاص الغار به ، بل رجوعه على من غرّه بما خسره لمالك العين التالفة عند رجوعه عليه وأخذه منه ، فهو ضامن كالسابق الغار ، ولكنه يرجع بغرامته عليه بمقتضى النبوي المشهور : « المغرور يرجع بما غرمه على من غرّه » .

فان مورد إجرائها في (المسالك) بين المستعير والغاصب المعير وهو مجراها ، لتحقق العارية بينهما ، ولا مورد لجريانها بين المالك والمستعير الذي لاعارية بينهما حتى يصلح أن يجعله مدركاً للحكم .

هذا كله مع جهل المستعير بالغصب . وأما مع علمه به ، فهو ضامن للعين والمنفعة ، وقرار الضمان عليه لو تلفت في يده ، ولعله مورد توهم نقض القاعدة به ، لكونها مضمونة - حينئذ - من غير خلاف ، مع كونها غير مضمونة بصحيحها ، ولا مدخلية للعلم والجهل إلا في الاثم وعدمه دون الأحكام الوضعية من الضمانات وعدمها .

ولكنه توهم فاسد ، لأن المستعير لعلمه بالغصب علم بكونها مضمونة عليه - شرعاً - ولو للمالك ، فهو كعارية الذهب والفضة - المضمونة شرعاً لابشرط من المعير ، فهو إقدام منه على الضمان ، والعارية مضمونة بصحيحها فهي مضمونة بفاسدها - فتأمل [١].

(١) قد يقال : إن وجه ضمان المستعير للعين من الغاصب اذا كان عالماً بغصبيتها ، إنما هو قاعدة تعاقب الأيدي على مال الغير عدواناً ، فانه لعلمه بالغصب يكون غاصباً كالمعير ، فيضمن للمالك العين والمنفعة - مطلقاً - .

وليس الوجه في ذلك كونها عارية مضمونة كعارية الذهب والفضة ، فهو اقدام منه على الضمان ، والعارية مضمونة بصحيحها ، فهى مضمونة بفاسدها ، كما يقول سيدنا - قدس سره - فان عارية الذهب والفضة إنما يكون المضمون فيها للمالك نفس العين دون المنفعة - أيضا - مضافاً الى أن عارية الذهب والفضة يضمنها المستعير للمالك والمعير على البدل ، بمعنى أن المالك لو رجع ببدل العين التالفة على المستعير خسره له ، ولو رجع على الغاصب المعير وأخذ البدل منه خسره المستعير له - أيضا - فهو مقدم على ضمان العين وبدلها على البدل ، وهذا بخلاف المستعير من الغاصب العالم بكونه غاصباً ، فان ضمانه للمالك لو رجع عليه ببدل =

ثم إن ماذكرنا جرياً على مذاق من أجرى قاعدة العارية بين المستعير والغاصب المعير في الرجوع وعدمه في بعض صور المسألة ، وإلا فيمكن أن يقال بخروج عارية الغصب عن مجرى قواعد العارية وأحكامها ، وان كانت بصورة العارية .

وما تقدم في بعض صور المسألة من الرجوع وعدمـه بين المستعير والغاصب المعير ، فانما هو للغرور ، لا لكونها عارية يتمسك فيها بقاعدة « مالا يضمن » فان العارية التي تجري فيها قواعدها ـ وكذا الوديعة ونحو ذلك من العناوين ـ هي الطارئة على أخذ المال من المالك لامطلق الأخـذ وإن كان من غيره :

ومما يمكن أن يورد على الكليـة الايجابية : النقض بالبيع من السفيه المحجر عليه ، لو تلف المبيع في يده مـع كون القبض باذن البايع ، فانه حكم غير واحد ـ كالعلامة في القواعد ، والمحقق في الشرائع ، وثاني الشهيدين والمحققين في المسالك ، وجامع المقاصد ـ بفساد البيع ، وعدم تعلق الضمان

= العين التالفة بلااشكال ، وأما ضمانه للغاصب المعير لورجع عليه المالك ببدل العين التالفة وخسارته البدل له ، فهو لايخلو عن الاشكال ، فان علمه بالغصب غاية مايقتضي كونه ضامناً للمالك العين التالفة وعدم رجوعه بما خسره له على المعـير لعدم كونه مغروراً منه كالجاهل بالغصبية .

وأما ضمانه للمعير بدل العين التالفة لورجع المالك عليه وأخذ البدل منه فهو مشكل ، إذ هو قادم على ضمان العين للمالك او رجع عليـه ببدلها ، لاعلى ضمان بدلها للمعير لو رجع عليـه المالك وأخذ البدل منه ، لما ذكرناه من جريان قاعدة العارية بين المعير الغاصب وبين المستعير منه ، وانه غير مقدم على الضمان له ماخسره للمالك . ولعل ماذكرنا هو الوجه في تأمل سيدنا المصنف ـ قدس سره ـ .

بالسفيه ، وإن فك حجره [1] فالمبيع - هنا - غير مضمون مع كون صحيحه مضموناً ، وكل ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده :

واطلاق كلام المحقق ، وصريح الباقين : عدم الفرق بين صورتي العلم والجهل بالسفه .

قلت : لايتم النقض به مع علم البائع بذلك لأنه - حينئذ - مقدم على تلف ماله ، ومضيّع له ، ومسقط لاحترامه .

نعم يتوجه النقض به مع جهله ، وان علّله في (المسالك) و (جامع المقاصد) بما يرجع محصله إلى تقصير البائع معه بعدم اختبار حاله . وعلمه بثبوت العوض المبذول له .

وفيه : منع التقصير ، ولزوم الاختبار مع جريان إصالة الصحة والسلامة ، فانه أصل موضوعي عليه بناء العقلاء ، والسيرة القطعية في معاملاتهم :

---

(١) ففي كتاب الحجر من (قواعد العلامة - الفصل الثاني في المجنون والسفيه): « .. ، فان اشترى بعد الحجر فهو باطل ، ويسترد البائع سلعته إن وجدها ، وإلا فهي ضائعة إن قبضها باذنه عالماً كان البائع أو جاهلا » .

وفي (شرائع المحقق - كتاب الحجر ، الفصل الثاني في أحكام الحجر) : « المسألة الثانية - اذا حجر عليه ، فبايعه انسان كان البيع باطلا ، فان كان المبيع موجوداً استعاده البائع ، وان تلف وقبضه باذن صاحبه كان تالفاً وان فك حجره »

وفي (مسالك الشهيد الثاني) - في التعليق على قول المحقق الآنف « اذا حجر عليه ... » : « ... لا فرق في جواز استعادته مع وجوده بين من بايعه عالماً بحاله وجاهلا ، لان البيع في نفسه باطل ، فله الرجوع في ماله متى وجده ، وأما اذا تلف فلا يخلو : إما أن يكون قد قبضه باذن صاحبه أو بغير إذنه ، وعلى التقديرين إما أن يكون البائع عالماً أو جاهلا ، فان كان قبضه باذن صاحبه كان تالفاً عليه لأنه سلط على إتلافه مع كونه سفيهاً ، ووجود السفه مانع من ثبوت العوض ... » .

اللهم الا أن يمنع بناء العقلاء على التمسك به في مفروض المسألة من العلم بأصل الحجر ، والجهل بالسبب إن لم نقل ببنائهم على التوقف في نحو ذلك حتى يحرزوا سببه ، لو أرادوا المعاملة معهم ، فما علاه من التقصير في الاختبار لايخلو من وجه .

وعلى كل حال ، لايكون نقضاً للقاعدة : إما بدعوى الضمان في صورة الجهل ،أو لوجود المسقط له من قاعدة التسليط ، ان قلنا بتقصيره في الاختبار .

وربما يتوهم النقض أيضاً بما لو باع بلا عوض أو آجر بلا أجرة بأن قال : بعتك الدار بلا عوض أو آجرتك بلا أجرة ، فعن الشهيدين في ثانيهما : عدم الضمان مع كون صحيح البيع والاجارة مضموناً ، وكل ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده .

وفيه : ان عدم الضمان فيهما لعله مبني على ظهور إرادة التمليك المجاني كالهبة ونحوها من لفظ (بعت) أو (آجرت) بقرينة قوله «بلاعوض» أو « بلا أجرة » ، وحينئذ فان لم نعتبر في صحة ذلك لفظاً خاصاً أو صيغة خاصة كانت هبة صحيحة ، وهي غير مضمونة ، وإلا كانت هبة فاسدة ، وهي غير مضمونة أيضاً لأن صحيحها غير مضمون ففاسدها كذلك

نعم يحتمل أن يكون المراد من ذلك : نفس البيع لصراحة لفظ (بعت) - مثلا - فيه ، وكون العوضية مأخوذة في حقيقته ، فارادته مع إرادة عدم العوضية من الجمع بين المتضادين ، وهو محال ، فلا بدّ من صرف لفظ (بعت) عن ظاهره بحمله على مالا ينافي المجانية كالهبة ونحوها .

وفيه : إن محالية إرادة المتضادين بمعنى إنشائها مسلم ،إن أراد المعنى الصحيح الشرعي المأخوذ فيه العوضية من البيع الفاسد ، لعدم العوض

بخلاف مالو أراد تنزيل هـذا البيع منزلة البيع الصحيح ، وأنه من أفراده بالادعاء ، فيكون لفظ البيع مستعملا في معناه الحقيقي ويكون من الاستعارة والمجاز في النسبة ، نحو : زيد أسد . أى : فرد منـه بالادعاء ، ومنه إطلاق العين على الربيئة . ومن هذا الباب : التشريع الذي مرجعه في الحقيقة ـ إلى تنزيل مخترعاته منزلة مخترعات الشارع ، وأنه منه بالادعاء ، لا أنه من أفراده ـ حقيقة ـ فتأمل :

وعليه ، فالاقوى الضمان ، لأنه بيع فاسد أو إجارة فاسدة ، وصحيحها مضمون ففاسدهما كذلك (١)

ولا يتوهم سقوطه ـ مع ذلك ـ بتسليط البائع له على ماله ـ مجاناً ـ لأن ذلك كان بعنوان البيعيـة ، والحيثية ـ هنا ـ تقييدية ، لا تعليلية ، فينتفي المقيد بانتفاء جهته التقييدية ، فيبقى عموم « على اليد » و « قاعدة الاحترام » سليمين عن المسقط :

وبالجملة لا إشكال في حكم القضية بعد تشخيص المراد منها ، إنما الاشكال والتأمل في ظهور هذا العقد الصادر من البائع في أي الاحتمالين حتى يترتب عليه حكمه واصالة الصحة لا مدخلية لها في ظواهر الالفاظ المتبعة في كشفها عن المراد (٢) .

---

(١) هذا مبني على أن مفاد القاعدة : أن كل صنف من العقود يكون فرده الصحيح موجباً للضمان ، فالفرد الفاسد منه كـذلك أيضاً ، وأما بناء على ماقربناه واخترناه من أن مفادها أن كل شخص من العقد لو فرض كونه صحيحاً وكان على الفرض ـ منشأ للضمان ، فهو كذلك في فرض فساده وما لم يكن ـ على تقدير صحته فيه الضمان ـ فلا ضمان فيه في فرض فساده . فالأقوى عدم الضمان فيه . لأن شخص هذا العقد ـ بناء على كونه بيعاً فاسداً ـ لو فرض صحته لاضمان فيه.

(٢) ثم انه ربما يورد على عكس القضيـة بضمان العين المستأجرة على المستأجر بالاجارة الفاسدة مع عدم ضمانها في الاجارة الصحيحة ، وهو =

. . . .

= مناف لقضية « مالا يضمن بصحيحه لايضمن بفاسده » .

أقول : لاريب في عدم ضمان المستأجر للعين المستأجرة بالاجارة الصحيحة ، وإنما الكلام في ضمانها في الاجارة الفاسدة ، وهو محل خلاف بين علمائنا - قدس الله أسرارهم - وربما ينسب كل فريق ما اختاره من الضمان أو عدمه الى المشهور ، والظاهر : أن هذا الخلاف يبتني على الخلاف في صحة شرط ضمان العين المستأجرة على المستأجر ، وعدم صحته : فمن قال بصحة الشرط قال بضمان العين في الاجارة الفاسدة ومن قال بعدم صحة الشرط قال بعدم الضمان .

فنقول : الظاهر هو القول بالتفصيل في صحة الشرط وعدم صحته .

بيان ذلك : إن عقد الاجارة : إما ينشأ به تمليك منفعة عين بعوض أو ينشأ به تمليك عمل بعوض . ثم العمل : إما أن يكون من حر ، أومن غيره ، إنساناً كان أو حيواناً .

أما في صورة كون المملوك بها العمل ، فلا يتوقف استيفاء المستأجر ماملكه بها أن تكون العين الصادر منها العمل تحت يده ، بل لا يتصور ذلك في الحرّ بناءً على ماهو المشهور : من أنه لايكون تحت اليد ، ولذا لم يحكم على حابسه بضمان منافعه الفائتة مدة الحبس ، وان حكم بضمان منافعه المستوفاة بملاك الاستيفاء والاتلاف الذي ليس هو محل الكلام في القاعدة فان موردها مايضمن بضمان اليد مما لايضمن به ، بخلاف استيفاء عمل غير الحر كالعبد والدابة ، فانه يمكن حصول ما ملكه المستأجر من العمل حال كون العبد أو الدابة تحت يده ، كما يمكن حصول ذلك حال كونهما تحت يد المالك الموجر ، فانتفاع المستأجر بما ملكه من العمل لايتوقف على كون العين المستأجرة تحت يده .

. . . .

وأما لو كان المملوك بعقد الاجارة منافع الأعيان ، كاجارة المساكن والحوانيت ـ مثلا ـ فانه لايمكن استيفاء المستأجر ماملكه من منفعة المسكن والحانوت الا بكونهما تحت يده ، وتسليط المالك الموجر لها المستأجر على العين ليستوفي ماملكه من المنفعة بعقد الاجارة .

اذا تبين ذلك ، فنقول : أما في إجارة الحر نفسه للعمل ، فلا معنى لشرط ضمان العين مع فرض عدم امكان كونه تحت اليد . وأما في إجارة العبد للخدمة أو الدابة لحمل المتاع ـ مثلا ـ فحيث يمكن إستيفاء منفعتها بكل من النحوين كونها تحت يد المؤجر أو تحت يد المستأجر ، فلا يملك المستأجر باستيجاره كونها تحت يده لكي يكون المؤجر ملزماً بتسليمه لها وتسليطه عليها مدة الاجارة .

وعليه ، فيصح له ـ حين العقد ـ اشتراط ضمانها عند تسلم المستأجر وانتفاعه بها حال كونها تحت يده إذا لم يكن الشرط مخالفاً لمقتضى العقد بل لاطلاقه ولا بأس به . وأما إجارة الدار والحانوت ـ مثلا ـ فحيث لايمكن حصول المنفعة للمستأجر إلا بكون العين المستأجرة تحت يده ، فعقد الإجارة المنشأ به تمليك المنفعة للمستأجر يقتضي تسليطه على العين لأن تسليم المنفعة التي ملكها المستأجر بعقدها في هذا القسم متوقف على تسليم المؤجر العين اليه ، وتسليطه عليها ليستوفي منها ماملكه ، فالعقد ـ هنا ـ كما اقتضى تمليك منفعة الدار ـ مثلا ـ بالأجرة ، اقتضى أيضا تسليم العين للمستأجر وتسليطه عليها ـ مجاناً ـ ليستوفي منها المنفعة ، وبعبارة أوضح ، فان المستأجر في القسم المذكور استحق بعقد الاجارة المنفعة بالاجرة مدة الاجارة وكون العين تحت يده في تلك المدة ـ مجاناً ـ فتضمينه بالعين بالشرط يكون من قبيل الشرط المخالف لمقتضى العقد ، فيبطل .

. . . .

والحاصل ، المدعى أن الاجارة لاتختلف حقيقتها باختلاف أفرادها بل هي حقيقة واحدة في الجميع وهو تمليك المنفعة ـ بالعوض في قبال البيع الذي هو تمليك العين بالعوض ، ومنفعة كل شيء بحسبه ، فمنفعة الحر عمله ومنفعة العبد خدمته ، ومنفعة الدابة حمل المتاع أو الركوب عليها ، ومنفعة الدار السكنى فيها ، وهكذا . والمضمون بعقد الاجارة بالعوض هو المنفعة التي ملكها المستأجر بالعقد ، وأما العين المستأجرة فنفس العقد لا يقتضي تضمينها ، وإن أمكن اشتراط ضمانها بالنسبة الى بعض أفرادها ، وسيأتي بيانـــه .

وأما من جهة تسليط المالك للمنفعـة على العين ليستوفي ماملكه بعقد الاجارة ، فبالنسبة الى مالا يمكن ويتصور فيه ذلك ، كاجارة الحر نفسه للعمل ، بناء على المشهور من عدم دخوله تحت اليد ، فليس محلا للكلام وأما بالنسبة الى مايمكن فيه ذلك كسائر موارد الاجارة ، فما يتوقف استيفاء المستأجر ماملكه بالعقد من المنفعـة وانتفاعه بها على كون العين المستاجرة تحت يده مـدة الاجارة ، ولا يمكن حصولها بغير ذلك كاجارة المساكن والحوانيت ونظائرها فعقد الاجارة كما يقتضي تضمين المستأجر المنفعة بعوضها كذلك يقتضي تسليطه على العين مدة الاجارة ـ مجاناً ـ وعدم تضمينه لها .

وعليه فيكون اشتراط ضمانها مخالفاً لمقتضى العقدفيبطل . وأما ماسوى ذلك من موارد الاجارة مما لايتوقف استيفاء المستاجر وانتفاعه بما ملكـه على كون العين تحت يده ، بل يمكن فيه ذلك ، وهي في يد المالك المؤجر ـ أيضاً ـ فعقد الاجارة بالنسبة الى التسليط على العين وكونها تحت يد المستاجر لا اقتضاء ، فيصح للمؤجر أن يشترط على المستاجر في متن العقد ضمانها عند تسلمها :

. . . .

اذا عرفت ذلك ، وظهر لك مايصح فيه اشتراط ضمان العين المستأجرة مما لايصح فيه ذلك ، يتضح لديك أن يد المستأجر على العين المستأجرة بالاجارة الفاسدة لاتكون مقتضية للضمان مطلقاً ، ولا غير مقتضية كذلك بل الأظهر التفصيل بين مايصح فيه اشتراط الضمان في صحيح العقد ، فيضمن في فاسده العين المقبوضة ، وبين مالايصح فيه اشتراط ضمانها في الصحيح فلا يضمنها في العقد الفاسد .

بيان ذلك : إن في مثل إجارة الدار والحانوت مما يكون صحيح عقد الاجارة مقتضياً لضمان المنفعة وعدم ضمان العين المستأجرة تحت يد المستأجر فان المنفعة تكون مضمونة في فاسدها بحكم اصل قاعدة « مايضمن بصحيحه يضمن بفاسده » والعين المستأجرة لاتكون مضمونة بحكم عكس القاعدة .

وأما مالا يكون العقد الصحيح فيه مقتضياً لعدم ضمان العين المستأجرة بل يكون العقد بالنسبة اليه (لا إقتضاء) كما في إجارة العبد للخدمة ، والدابة لحمل المتاع - مثلا - ونظائرهما مما لايكون استيفاء المنفعة متوقفاً على كون العين المستأجره تحت يدالمستأجر مدة الاجارة - كما ذكرنا - فعدم ضمان العين في الصحيح لكونهـا أمانة مالكيـة مأذوناً فيها شرعاً ، ولم يشترط المالك ضمانها ، ولكنها في الفاسد شرعاً حيث ان يد القابض لها من غير استحقاق شرعي ، فيضمنها

ومما ذكرنا من أن مناط صحة اشتراط ضمانه العين المستأجرة على المستأجر وعدم صحته هو توقف استيفاء المنفعة على كون العين تحت يده وعدم التوقف على ذلك : يظهر أن من استأجر غيره لعمل في ملكه كما لو استأجره لخياطة ثوبه - مثلا - وكان استيفاء العمل من الأجير غير متوقف على كون الثوب تحت يده واستيلائه ، بل يمكن حصوله مع كونه تحت يد استيلاء المستأجر المالك للثوب - مثلا - وحينئذ ، فيصح =

ثم إن بعض المحققين من المعاصرين نسب الى الشيخ في (المبسوط) التمسك لعدم ضمان فاسد عقد لايضمن بصحيحه ، بالأولوية ، مستشعراً ذلك من كلمة (فكيف) في عبارته ، حيث قال ـ معللا عدم الضمان في المسألة المتقدمة من الرهن المشروط بكونه مبيعاً بعد انقضاء الأجل ـ « لأن صحيح الرهن غير مضمون عليه ، فكيف فاسده » وحاصله : إن سبب الضمان إما إقدام المالك عليه ، أو حكم الشارع وامضاؤه لما أقدم عليه وكلاهما منفي في الرهن الفاسد ، ووجه الأولوية إمكان دعوى عدم ضمان عقد فاسد يضمن بصحيحه لانتفاء السبب الموجب له من الحكم بصحة ما أقدما عليه من الضمان الخاص ـ شرعاً ـ بعد أن كان وجود العقد الفاسد كعدمه ، ولا إقدام على غيره ـ كما عرفت سابقاً ـ فاذا كان مايضمن بصحيحه يمكن أن لايكون مضموناً بفاسده ، فما لايضمن بصحيحه كالرهن بطريق أولى لايضمن بفاسده .

= للمستأجر في ضمن العقد اشتراط ضمان الثوب على الأجير عند تسليمه اليه لاستيفاء ماملكه منه بعقد الاجارة من خياطته .

وعلى كل ، فسواء قلنا : إن العين المستأجرة تضمن في فاسد الاجارة أم قلنا إنها لاتضمن ، فلا يرد النقض في القضية السلبية :

أما لو اخترنا عدم الضمان ، فذلك واضح ، ولو اخترنا الضمان ، فلا نقض ـ أيضا ـ لما ذكرنا من أن القاعدة ـ أصلا وعكساً ـ ليست في مقام بيان كل مايضمن في العقد الفاسد مما لايضمن فيه ، وانما هي لتمييز مايضمن فيه مورد العقد ، ومصبه مما لايضمن فيه ذلك ، ومصب العقد في الاجارة هو المنفعه وهي مضمونة في الصحيح والفاسد ، فيرجع في العين المستأجرة الى (قاعدة اليد) وهي مقتضية لضمانها في الفاسد في مورد عدم اقتضاء صحيح العقد مجانيتها ـ فتأمل تعرف .

وفيه ـ مع إمكان أن يقال : إن صحة عقد الرهن والاجارة المستلزمين لتسلط المرتهن والمستأجر على العين شرعاً ، بل وسائر مالا يضمن بصحيحه مؤثرة في عدم الضمان ، وبعبارة أخرى : السبب في عدم الضمان هو إمضاء الشارع لما أقدم عليه المالك من التسليط المجاني ، بخلاف الفاسد منه ، لانتفاء السبب ولو بانتفاء جزئه ، فلا أولوية في المقام :

أن ذلك مبني على إرادة الأولوية من كلمة (كيف) ويحتمل إرادته التعجب منها ، دون الأولوية ، ومنشأه توهم الفرق بين صحيح مالا يضمن وفاسده في الضمان ، وعدمه ، مع اشتراكهما في عدم علة الضمان أو علة عدمه ، لأن علة الضمان : إما إقدام المالك ، أوحكم الشارع به ، أو المركب منهما ، والكل منتفٍ في صحيح مالا يضمن ، فكذا في فاسده ، بعد أن كان وجود العقد كعدمه ، والاشتراك في العلة يستلزم الاتحاد في الحكم وبعد أن كان صحيح الرهن ـ مثلاً ـ لايضمن ، فكيف فاسده ، فالفرق بين صحيح الرهن وفاسده مورد التعجب .

هذا ما حضرني من النقوض التي ربما يتوهم ورودها على القاعدة بكليتها : الايجابية والسلبية ، وقد عرفت عدم تماميتها . مع أنه لو فرض تخلفها في بعض الموارد لدليل خاص لاينافي تأسيسها الموجب للتمسك بها في موارد الشك ، وإن هي إلا كالعام المخصص ، وليست هي من القواعد العقلية الآبية عن التخصيص ، مع أن النقض إنما يتحقق بما اذا كان مايخالف القاعدة من المتفق عليه والمسلمات عندهم ، لافتوى شرذمة منهم

وأما الاشكالان :

فالأول منهما ـ إن فاسد عقود المعاوضات اذا كان الفساد من جهة لفظه ، لم لاتكون مضمونة بالمسمى كصحيحها بالمعاطاة ، بعد أن كان وجود العقد لفساده كعدمه ؟

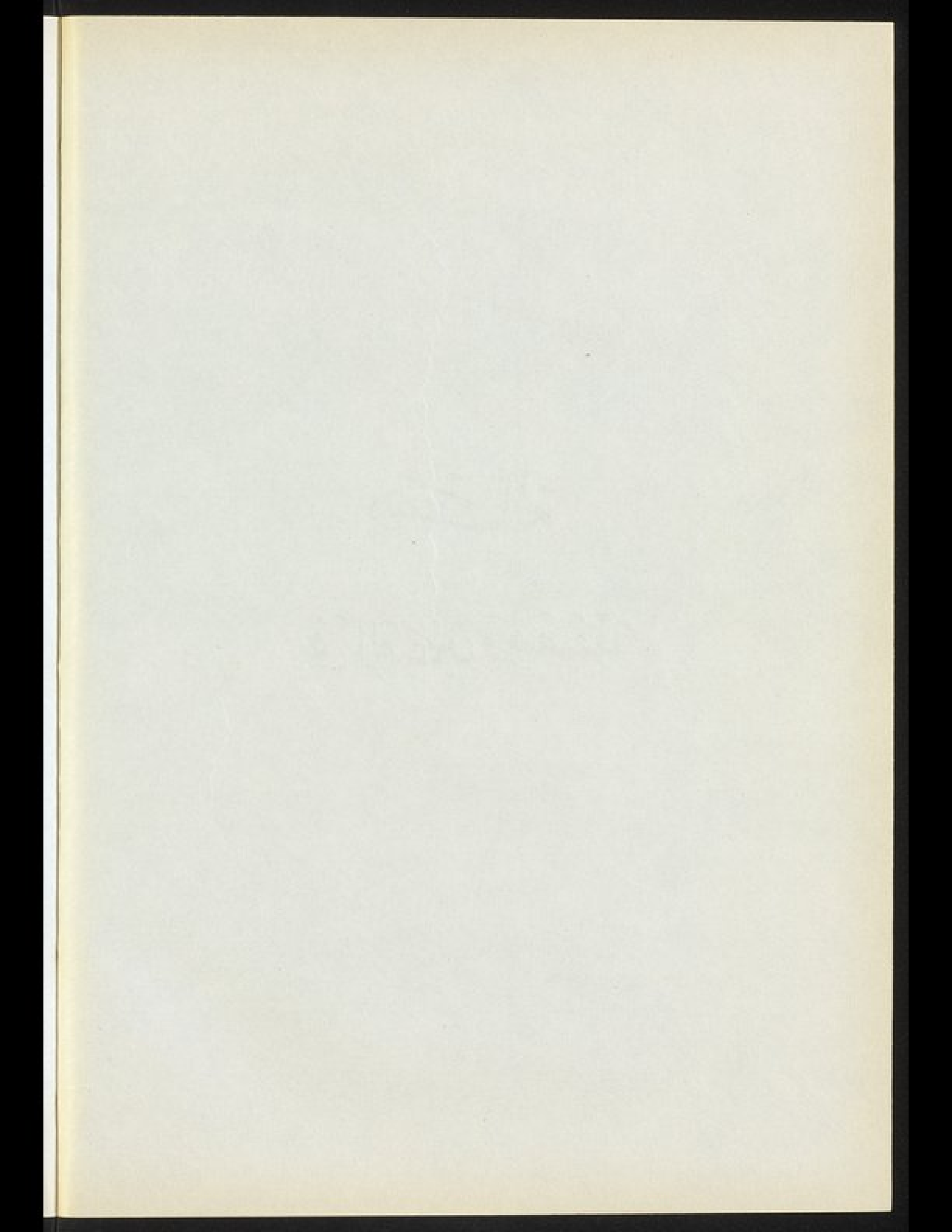
والجواب عنه : إن المعاطاة يعتبر فيها غير اللفظ مايعتبر في العقود التي منها قصد التمليك بالايجاب والقبول الفعليين كالعقود المعتبر فيها قصد التمليك بالايجاب والقبول اللفظيين ، فالقبض والاقباض في المعاطاة يقصد بهما التمليك والتملك ، وفي العقود يترتبان على ما قصد التمليك به من العقد فالعقد الفاسد قصد التمليك به ، لانما يترتب عليه من القبض والاقباض فما قصد به التمليك من العقد لم يقع ، وما وقع من القبض والاقباض لم يقصد بها التمليك ، فلم يقع عقد ولا معاطاة ، فلا تكون مضمونة إلا بعوضه الواقعي من المثل أو القيمة :

والثاني - إن اطلاق كلامهم في الكلية الايجابية يشمل صورة علم البائع مع جهل المشتري ، وحينئذ يقتضي سقوط الضمان للغرور :

وفيه : - مع انه غير مطرد إلا اذا استلزم غرامة البدل الواقعي زيادة الضرر على المسمى - أنه لاغرور من البائع حتى يوجب عدم ضمان ماله وسقوط احترامه ، وجهل المشتري لتقصيره في تعليم الأحكام الشرعية غير موجب لسقوط الضمان عنه :

رسالة

في القبض وحقيقته



بسم الله الرحمن الرحيم

مسألة : لما كان جملة عقود المعاوضات وشطر من المجانيات كالرهن والوقوف والهبات ، يعتبر القبض فيما يترتب عليها من الأحكام ، كان التعرض لمعناه من المهمات ، حيث يترتب عليه كثير من الثمرات .

فنقول ـ وبالله المستعان ـ : القبض ـ لغة ـ هو الأخذ والتناول باليد واختلفت عبارات الفقهاء فيما يراد منه في المنقول ـ بعد اتفاقهم على كفاية التخلية في غيره ـ والجمود على ظواهرها ينهيه إلى أقوال ثمانية :

القول الاول ـ كفاية التخلية فيه ـ مطلقاً ـ في المنقول وغيره ، صرّح به في (الشرائع) [1] و (مختصر النافع) [2] وهو المحكي عن (كاشف الرموز) [3] ونسبه في (الايضاح) إلى بعض المتقدمين [4]

(١) للمحقق الحلي . راجع : كتاب التجارة ، الفصل الرابع في احكام العقود النظر الثالث في التسليم ـ طبع ايران ـ .

(٢) للمحقق الحلي . راجع : كتاب التجارة ، الفصل الرابع في لواحق البيع الثالث في القبض ج ١ ص ١٢٤ طبع دار الكتاب العربي بمصر .

(٣) صاحب (كشف الرموز) هو الحسن ابن أبي طالب اليوسفي الآبي . وكتابه (كشف الرموز) هو شرح رموز كتاب أستاذه المحقق الحلي (المختصر النافع) والكتاب من نفائس المخطوطات ، فرغ من تأليفه سنة ٦٧٢ هـ (راجع ـ عن الكتاب ومؤلفه : رجال السيد بحر العلوم ج ٢ ص ١٧٩ ـ ١٨٠) .

(٤) إيضاح الفوائد في شرح القواعد ، لفخر المحققين محمد بن الحسن =

وحجتهم - على ما قيل - : لزوم الاشتراك أو المجاز لو أريد غيرها في المنقول ، بعد الاجماع - بل الاتفاق - على إرادتها في غيره ، والمراد بها رفع اليد وجميع الموانع عن سلطنة القابض واستيلائه عليه .

القول الثاني - التخلية في غير المنقول كالعقار والدور ، وفي المنقول نقله أي نقل المشتري له ، لأنه الكاشف عن السلطنة والاستيلاء عليه ، والمتحقق به قبضه دون البائع ، إختاره الشيخ - رحمه الله - في (الخلاف) (١) وابن ادريس في (السرائر) - على ماحكي عنه ، وابن زهرة في (الغنية) مدعياً عليه الاجماع (٢) والشهيدان في (اللمعة والروضة) (٣) وغيرهم .

ودليلهم عليه - بعد الاجماع المعتضد بالشهرة المحكية - في الجملة - : فهم العرف ، لأنه المرجع فيما لم يرد في تعريفه نص من الشرع .

القول الثالث - كالثاني - في تحقق قبض المنقول بنقله ، للصدق العرفي إلا في خصوص المكيل والموزون ، فقبضه كيله أو وزنه معيناً ، لصحيحة معاوية بن وهب ، قال : « سألت أبا عبد الله - عليه السلام - عن الرجل يبيع المبيع قبل أن يقبضه ؟ فقال : مالم يكن كيل أو وزن ، فلا تبعه

= ابن العلامة الحلي المتوفي سنة ٧٧١ هـ وهو شرح مفصل لقواعد والده العلامة - طاب ثراهما - والكتاب من نفائس المخطوطات .

(١) الجزء الأول : كتاب البيع مسألة (١٥٩) طبع طهران سنة ١٣٧٧ هـ

(٢) كتاب الغنية لابن زهرة مطبوع في آخر المجلد الثاني من كتاب جوامع الفقه . قال - رحمه الله - في كتاب البيع فصل فيما يتعلق بالبيع من الاحكام : « ... والقبض فيما لا يمكن نقله كالأرضين : التخلية ورفع الحظر وكذا حكم ما يمكن ذلك فيه مما يتصل بها من الشجر وثمره المتصل به والبناء وفيما عدا ذلك التحويل والنقل كل ذلك بدليل إجماع الطائفة » .

(٣) راجع : ج ١ كتاب البيع ، الفصل العاشر في الأحكام ، الثاني في القبض ..

إلا أن تكيله أو تزنه إلا أن تولاه الذي قام عليه » (١) وصحيحة الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام : « إنه قال في الرجل يبتاع الطعام ثم يبيعه قبل أن يكال ؟ قال : لايصلح له ذلك » (٢) حيث علق فيها جواز بيع المبيع على الكيل أو الوزن ، سيّما مع وقوع الأولى في جواب السائل عن بيع مالم يقبض أو يكال ، وليس إلا لكونها قبضا في المكيل والموزون : ذهب إلى هذا القول جماعة ، بل نسبه بعضهم إلى المشهور .

وفيه : إن اعتبار الكيل والوزن : ان كان لكونهما قبضاً في المكيل والموزون .

فيدفعـه : أنهما يصدران ـ غالباً ـ من البائـع في مقام الاقباض والتسليم ، والقبض والتسلم فعل المشتري ، فكيف يكون ماهو فعل البائع فعلا للمشتري ؟ فلا أقل من القول بالتفصيل بين مالو صدرا من البائع أو المشتري في مقام التسلم والقبض ، ومنه يظهر وجه الاشكال في جعل التخلية ـ التي قد عرفت معناها ـ قبضاً ـ مطلقاً ـ أو في غير المنقول الذي ادعي الاتفاق عليه فيه (٣).

(١ ـ ٢) راجع : كتاب وسائل الشيعة للحر العاملي : كتاب التجارة ، أبواب العقود ، باب جواز بيع المبيع قبل قبضه ـ الأول ـ حديث رقم ١١ ، والثاني حديث رقم ٥ طبع الاسلامية طهران .

(٣) كما هو مفاد القول الأول والثاني الآنفين ـ من أن المراد بها رفع اليد وجميع الموانع عن سلطنة القابض واستيلائه عليه ، فانها بالمعنى المذكور من فعل البائع لا من فعل المشتري : فلا يصح تفسير القبض الذي هو فعل المشتري بها ـ حينئذ ـ ولكن يمكن رفع الاشكال بتفسير التخلية بمايناسب فعل المشتري ، بأن نقصد منها : التخليـة بمعناها الاسم المصدري الذي هو حصيلة المعنى المصدري القائم بالبائع ، فمن فسر القبض في باب البيع بالتخلية أراد بها : التخلي بالمبيع وكونه =

وان اعتبرها الشارع شرطاً في رفع المنع - تحريماً أو كراهة - عن بيع مالم يقبض في خصوص الطعام او مطلق المكيل والموزون .

فيدفعه - مضافاً إلى كونه خروجاً عن فرض كونها قبضاً في المكيل والموزون - : أنه مناف للاجماعات المحكية على جواز البيع بعد القبض فاللازم حمل الصحيحتين ونحوهما على الغالب ممايترتب عليها من القبض والتسلم .

ومما ذكرنا يظهر ضعف ما استقربه في (المختلف) : من كون القبض في المنقول نقله ، وفي المكيل والموزون ذلك ، أو كيله ووزنه مخيّراً بينها (١) .

واستند في هذا القول الى الجمع بين العرف الذي هو المرجع فيما لانص فيه من الشرع مؤيداً برواية عقبة بن خالد عن الصادق - عليه السلام - في رجل اشترى متاعاً من آخر ، وواجبه ، غير أنه ترك المتاع عنده ولم يقبضه ، وقال : آتيك غداً إن شاء الله ، فسرق المتاع : من مال من يكون ؟ قال : من مال صاحب المتاع الذي هو في بيته حتّى يقبض المتاع ويخرجه من بيته ، فاذا أخرجه من بيته ، فالمبتاع ضامن لحقه حتّى يرد ماله اليه » حيث جعل - عليه السلام - النقل هو القبض : - وبين صحيحة معاوية المتقدمة (٢).

= مخلى من قبل البائع بنحو لم يكن له سلطان عليه بعد أن كان ، ولا ريب أن ذلك المعنى قائم بالمشتري ، فيصح تفسير القبض بما هو فعله بها ، ويكون رفع يد البائع وجميع الموانع عن المبيع من مقدمات حصول التخلية للمشتري بالمعنى المذكور وبالجملة ، فالتخلية بمعناها المصدري من فعل البائع ، وبمعناها الاسم المصدري من فعل المشتري ، فتأمل .

(١) وهذا القول اعتبره المصنف رابع الأقوال الثمالية في مسألة القبض .

(٢) الآنفة الذكر في ص ١٢١

ولعل التزامه بكون الكيل والوزن قبضاً دون أن يكون اعتبارهما لمحض كونهما شرطاً في رفع المنع التحريمي أو الكراهي عن بيع المكيل والموزون للتخلص عن لزوم تخصيص الصحيحة بالاجماع الذي حكاه بعد أن ساقها حيث قال : « فجعل ـ عليه السلام ـ الكيل والوزن هو القبض ، لأن الاجماع على تسويغ بيع الطعام بعد قبضه » (١)

هذا ، ومفاد الاجماع المزبور : هو كون القبض مسوغاً للبيع ، لاحصر المسوغ به ـ كما هو مفاد ماحكاه جدنا (٢) في (الرياض) حيث قال

(١) راجع : مختلف الأحكام للعلامة كتاب التجارة ، الفصل السادس عشر في القبض وحكمه . وتمام الموضوع مانصه : « مسألة ـ قال الشيخ في المبسوط ـ الى قوله ـ : والاقرب ، ان البيع ان كان منقولا فالقبض فيه هو النقل أو الأخذ باليد ، وان كان مكيلا أو موزوناً فقبضه هو ذلك ، أو الكيل أو الوزن ، وان لم يكن منقولا فالقبض فيه : التخلية . لنا : أن العرف يقتضي ماقلناه ، ومن عادة الشرع رد الناس الى مايتعارفونه من الاصطلاحات فيما لاينص على مقصوده باللفظ .

ويؤيده : مارواه عقبة بن خالد عن الصادق ـ عليه السلام ـ في رجل اشترى متاعاً من آخر وواجبه ، غير أنه ترك المتاع عنده ولم يقبضه ، وقال : آتيك غداً إن شاء الله ، فسرق المتاع ، من مال من يكون ؟ قال : من مال صاحب المتاع الذي هو في بيته حتى يقبض المتاع ويخرجه من بيته ، فاذا أخرجه من بيته فالمبتاع ضامن لحقه حتى يرد ماله اليه » فجعل النقل هو القبض ، لأنه علل زوال الضمان به . ولا خلاف إنه معلل بالقبض ، فكان هو القبض ، ومارواه معاوية بن وهب ـ في الصحيح ـ : قال : سألت أبا عبد الله ـ عليه السلام ـ : عن الرجل يبيع المبيع قبل أن يقبضه فقال : مالم يكن كيل أو وزن ، فلا يبعه حتى يكيله أو يزنه ، إلا أن يوليه الذي قام عليه : فجعل ـ عليه السلام ـ : الكيل والوزن هو القبض ، للاجماع على تسويغ بيع الطعام بعد قبضه ... » . (٢) صاحب الرياض السيد مير علي الطباطبائي هو جد المصنف لأمه

- في جوابْ المناقشة على الرواية - : « ..، فليكونا قبضاً ، للاجماع على عدم ارتفاعه الابه » (١)

وتبعه - في كيفية نقل الاجماع وحصر المسوّغ بالقبض - الفاضل الجواد في (شرح اللمعتين) حيث قال - في وجه سقوط المناقشة : « .. بالاجماع المدعى على عدم ارتفاع المنع - تحريما أو كراهة - بدون القبض » (٢)

ولا يخفى عليه الفرق الواضح بين النقلين ، واختلاف لزوم التخصيص على الطريقين .

القول الخامس - ماذهب اليه في (المبسوط) حيث قال : « ...

(١) راجع : كتاب التجارة ، لو احق البيع ، الثالث في القبض وأحكامه وتمام عبارته - فيما يخص الموضوع - : « .. والمناقشة فيها : بضعف الدلالة من حيث أن ظاهر الأولى أن البيع قبل القبض لايجوز حتى يكيل أو يوزن ، وذلك لايدل على كون القبض ذلك ، ولا يدل على ذلك بضم السؤال ، إذ يصح جواب السائل : هل يجوز قبل القبض ؟ بأنه لايجوز قبله بدون أحد الأمرين . والثانية : انه يعتبر في انتقال الضمان من البائع الى المشتري : نقل المتاع وإخراجه من بيته وليس فيه تفسير القبض بكونه عبارة عن ماذا ، مع أن ظاهرها أنه يعتبر في انتقال الضمان الإخراج من بيت البائع ، ولاقائل به - مدفوعة : بظهور الأولى في ارتفاع المنع تحريماً أو كراهة باحد الأمرين فايكون قبضا ..» .

(٢) لعل المقصود: شرح اللمعة المسمى : (الأنوار الغروية) للفاضل الشيخ محمد جواد ابن الشيخ محمد تقي ابن الشيخ محمد الأحمدي البياتي ، الشهير (ملا كتاب) المتوفى بعد سنة ١٢٦٧ هـ وهو كتاب كبير يحتوي على عامة أبواب الفقه في عدة مجلدات ، وتمم بعض أبوابه ولده الشيخ حسين في عدة مجلدات أيضاً والكتاب لايزال مخطوطاً ، توجد نسخته في بعض خزائن المخطوطات في النجف الأشرف .

وان كان مما ينقل ويحول ، فان كان مثل الدراهم والدنانير والجواهر ومما يتناول باليد ، فالقبض فيه هو التناول ، وان كان مثل الحيوان كالعبد والبهيمة ، فان القبض في البهيمة أن يمشي بها الى مكان آخر ، وفي العبد أن يقيمه الى مكان آخر ، وان كان اشتراه جزافاً كان القبض فيه أن ينقله من مكانه ، وان كان اشتراه مكايلة فالقبض فيه أن يكيله » انتهى (١)

القول السادس ـ ماذهب اليه في (الدروس) قال : « والقبض في غير المنقول : التخلية بعد رفع اليد ، وفي الحيوان نقله ، وفي المعتبر كيله أو وزنه أوعده : ذلك أو نقله ، وفي الثوب : وضعه في اليد » (٢)

ولعل نظره في المكيل والموزون الى الصحيحتين ، وفي النقل الى العرف ، ورواية عقبة المتقدمة ، لكن الفرق بين الحيوان وغيره مشكل والحاق المعدود بالمكيل والموزون قياس ، وكلمة (بعد) لعلها زائدة لأن التخلية تحصل برفع اليد والموانع ، لابعد (٣).

القول السابع ـ كفاية التخلية في نقل الضمان عن البائع ، لافي زوال المنع عن بيع مالم يقبض . نفى عنه الباس في (الدروس) (٤) :

ومن المحتمل أن يكون ذلك اختلافاً في مناط الحكمين ، لافي تسميته

---

(١) راجع : كتاب البيع ، فصل في حكم بيع مالم يقبض ، وقبل هذه الجملة مانصه « ... وكيفية القبض ينظر في المبيع : فان كان مما لاينقل ولا يحول فالقبض فيه التخلية ، وذلك مثل العقار والأرضين ، وان كان مما ينقل ... » .

(٢) راجع : كتاب البيع ، درس في القبض .

(٣) بناء على ماقربناه فيما سبق : من أن المراد بالتخلية معناها الاسم المصدري القائم بالمشتري وأن رفع يد البائع والموانع عن المبيع من مقدماتها بالمعنى المذكور فلا زيادة في كلمة (بعد) .

(٤) راجع : كتاب البيع ، درس في القبض ـ حيث يقول : « ... وقيل : =

قبضاً على أن يكون القبض في نقل الضمان غيره في زوال المنع ، وعليه لايكون قولا آخر في ماهية القبض وحقيقته ؛ ويقرّبه استبعاد كونه قولاً في معنى القبض مرضياً عنده ، بعد ما اختار قبله بلا فصل : مانقلنا عنه إلا أنه ـ حينئذ ـ يمكن أن يقال عليــه : كيف نفى البأس عنه مع أن التخلية إن كانت قبضاً ، فقد حصل المسوّغ للبيع للاجماع المتقدم المحكي في (المختلف) وغيره ، وإلا فلم يتحقق نقل الضمان بحكم النبوي المعروف: « كل مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال بائعه » بل رواية عقبة المتقدمة دالة بظاهرها على اعتبار النقل في رفع الضمان عن البائع ، كما فهمه الأصحاب لاكفاية التخلية فيه ، كما فهمه شيخنا المرتضى ـ قدس سره ـ في (المكاسب) وجعلها معارضاً للنبوي وتكلف في وجه الجمع بينهما [١]. ومنشأه قراءة (يقبض) بضم حرف المضارعــة ، لابفتحها ، وجعل فاعل (يخرج) راجعاً الى البائع دون المشتري .

القول الثامن ـ الاستقلال والاستيلاء عليه باليد وهو . المحكي عن الأردبيلي ـ رحمه الله ـ والسبزواري ـ رحمه الله ـ [٢] و (المسالك) وإن

= التخلية مطلقاً ولا بأس به في نقــل الضمان ، لافي زوال التحريم أو الكراهية عن البيع قبل القبض .؟. »

(١) حيث قال ـ كما في كتاب البيع ، القول في أحكام القبض ـ « ... فيمكن حمل النبوي على ذكر ماهو مقارن غالبي للتخليــة ، واحتمل ورود الرواية مورد الغالب من ملازمة الاخراج للوصول الى المشتري بقرينة ظاهر النبوي . . » .

(٢) قال المحقق السبزواري في كفاية الأحكام في الفصل الثالث من أحكام العقود: « والأقوى الرجوع في ذلك(يعني القبض) الى العرف حيث لم يثبت له حقيقة شرعية، قال في المسالك : العرف يدل على ان إقباض غير المنقول يتحقق بالتخلية مع رفع يد البايع عنه وعدم مانع للمشتري من قبضه ، وأما في المنقول فلايتحقق =

اطرده في الأخبر في غير المكيل والموزون، وتبع فيها النصوص المتقدمة (١)

لكن لايكاد يتم ما ذكره هنا وقواه، مع ماذكره ـ أخيراً ـ بعد ذكر فروع كثيرة بقوله: «والتحقيق هنا أن الخبر الصحيح دل على النهي عن بيع المكيل والموزون قبل اعتباره بها له، لاعلى أن القبض لايتحقق بدونهما وكون السؤال فيه وقع عن البيع قبل القبض ـ حينئذ ـ لاينافي ذلك، لأن الاعتبار بها قبض وزيادة، وحينئذ، فلو قيل: بالاكتفاء في نقل الضمان فيها بالنقل عملا بمقتضى العرف والخبر الأخير، ويتوقف البيع ثانياً على الكيل والوزن، أمكن،إن لم يكن إحداث قول النهي فتأمل جيداً» انتهى:

والذي يظهر لي أن القبض معناه أمر واحـد في جميع موارد اعتباره وهو الاستيلاء والسلطنة العرفية على الشيء وقيامها بذات المشتري، بعد أن كانت قائمة بذات البائـع: ـ مثلا ـ بحيث لو لم يكن مالكاً أو مأذوناً من مالك لكان غاصباً من غير مدخلية مماسة اليد أو فعل الجوارح في ماهيته واعتبار العرف لشيء من ذلك، إنما هو لكونـه كاشفاً عن حصولها له وتحققها فيه، فهو معتبر من باب الامارة والطريقية، لاموضوعية له في

= إلا باستقلال يد المشتري به سواء نقله أم لا، وكذا في طرف البايع بالنسبة الى الثمن وهو حسن».

(١) راجع: ج ١ كتاب التجارة، الفصل الرابع في أحكام العقود، النظر الثالث في التسليم ـ في شرح قول المحقق: «والقبض هو التخلية . . .» حيث يقول «... والعرف يدل على أن اقباض غير المنقول يتحقق بالتخلية مع رفع يد البائع عنه، وعدم مانع للمشتري من قبضه، وأما في المنقول فلا يتحقق إلا باستقلال يد المشتري به سواء نقله أم لا، وكذا في طرف البائع بالنسبة الى الثمن، وهذا مطرد في المكيل والموزون وغيرهما، إلا أنهما خرجا بالنص الصحيح فبقى الباقي،وهذا هو الأقوى».

ماهيته ، بل هي مرتبة على السلطنة ترتب المعلول على العلة والأثر على المؤثر . نعم هي أسباب لحكم العرف بحصولها للمشتري ، لا لنفس الحصول فلو حصلت التخلية التامة التي هي بمنزلة الاقباض من البائع - مثلا - مع قبولها من المشتري تحولت تلك السلطنة من المنقول منه الى المنقول اليه ، وقامت بذاته قيام الصفة بالموصوف والعارض بالعروض ، ولذا لو أرجع الغاصب العين المغصوبة الى المغصوب منه ووضعها بين يديه أو في داره بمشهد منه حصلت التأدية منه ، وبرئت ذمته ، وليس إلا لرجوع تلك السلطنة المسلوبة منه اليه بمجرد وضعه بين يديه وحصول القبض منه لماله وكذا الودعي للوديعة . ولعل اختلاف عبارات الأصحاب في قبض المنقول عدا من اعتبر الكيل والوزن في المكيل والموزون للتعبد محض اختلاف في التعبير عن الكواشف والامارات ، لاخلاف في أصل معناه : ولذا كل منهم يستند في دعواه الى العرف . فلترجع - حينئذ - جملة من الاقوال بعضها الى بعض .

هذا تمام الكلام في أقوال المسألة

بقي هنا فروع

الأول - انه لو كان المبيع مشغولا بأمتعة البايع : فاما أن يكون منقولاً [(١)] أوغير منقول [(٢)] وعلى الاول : فاما أن نعتبر النقل في قبضه [(٣)] أو تكفي التخلية أو الاستيلاء ، وعلى التقادير : فرةً - مع إذن البايع لنقل المتاع ، وأخرى - مع عدم إذنه له .

فنقول : أما مع الاذن بنقله [(٤)] فلا إشكال في حصول القبض - مطلقاً - بعد حصول ماهو معتبر فيه [(٥)] - منقولاً كان أو غير منقول - كالعقار والدور . وأما مع عدم إذن البايع في نقل المتاع مع كونه آذناً في قبض المبيع أو كان اذنه غير معتبر لوصول الثمن اليه (ففي) تحقق القبض قبل تفريغه وترتب جميع أحكامه عليه بالاستيلاء عليه ، او نقله بما فيه ، ان كان منقولا واعتبرنا النقل فيه ، أوعدمه كذلك [(٦)] أو ترتب نقل الضمان عن البايع دون غيره من أحكام لعدم كونه قبضا - : (وجوه

---

(١) يعني : يمكن نقله من مكان البيع الى حيز آخر .

(٢) مثل الدار والعقار .

(٣) يعني : لايكفى في تحقق قبضه مجرد التخلية او الاستيلاء بل يعتبر مع ذلك نقله عن مكان البيع الى مكان آخر .

(٤) اي نقل المتاع .

(٥) من مجرد التخلية أو الاستيلاء عليه او مع نقله الى حيز آخر في المنقول

(٦) يعني : عدم ترتب شيء من أحكام القبض قبل تفريغه عن المتاع وان استولى عليه المشتري أونقله بما فيه ان كان منقولا.

واحتمالات) قوى أولها (١) في (الجواهر) ونظره الى عدم مانعية الاثم لتحقق القبض وترتب أحكامه عليه ، وهو حسن ، إن كان المنشأ ذلك لأن النهي لايدل على الفساد في المعاملة ، وإن اتحد العنوان المحرّم معها في الوجود - كما هو محقق في محله - (٢).

---

(١) يعني تحقق القبض قبل تفريغه وترتب جميع أحكامه عليه بالاستيلاء عليه أو نقله بما فيه إن كان منقولا واعتبر النقل فيه .

(٢) النهي عن المعاملة: تارة يكون من جهة أن الانشغال بها يفوت الحضور الى واجب تضيق وقته ، كالنهي يوم الجمعة عن البيع عند النداء الى صلاتها في الآية الشريفة « يا أيها الذين آمنوا إذا نودي للصلاة . . . » . وأخرى - يكون لاتحاد العنوان المحرّم معها في الوجود ، كما في صورة نقل المبيع المشتمل على متاع البائع الحاصل به قبض المشتري له ، فيما لو اذن البائع بنقله ، ولم يأذن بنقل مافيه من المتاع فان نقله المحرم لعدم اذن مالكه بنقله اتحد مع نقل المبيع المأذون من البائع نقله . والنهي في الصورتين المذكورتين لايقتضي فساد المعاملة - أعني البيع وقت النداء وقبض المبيع مع مافيه من المتاع الذي لم يأذن مالكه بنقله - اذ النهي فيهما إنما هو لجهة خارجة عنها وهي مبغوضية الانشغال بما يفوت الواجب المضيق وقته وفيما نحن فيه مبغوضية التصرف في مال الغير بدون اذنه وهو غاية ما يقتضي حرمتها ، لاعدم ترتب الأثر عليها الذي هو معنى صحة المعاملة إذ ليست المعاملة كالعبادة مما تكون حرمتها كاشفة عن مبغوضيتها للشارع ، وعدم صلاحية التقرب بها الى الله تعالى لاي جهة كانت حرمتها .

نعم ربما تكون المعاملة بذاتها من حيث هي هي متعلقة لنهي الشارع لجهة فيها تقتضي مبغوضيتها لديه ، وعدم إمضائه لها كبيع المحاقلة والمزابنة والربا ونظائرها مما تكون المعاملة بذاتها مبغوضة للشارع ومتعلقة لنهيه ، فيكون دليلها مخصصاً لعموم آية « حل البيع » و « التجارة عن تراض » و « أوفوا بالعقود » =

ولكن يمكن أن يوجه المنع بعدم تحقق الاستيلاء والسلطنة ، أوالتخلية التي قد عرفت أن معناها رفع جميع الموانع التي منها - بل أعظمها - المانع الشرعي لكونه مستلزماً للتصرف في مال الغير بغير إذنه ولو كان منقولا ، واعتبرنا النقل فيه ، لأن اعتبار النقل اعتبار للتخلية وزيادة : نعم يتحقق بعد التفريغ وان أثم فيه ، لاقبله (١).

= فتفسد المعاملة بذلك ولا يترتب عليها الأثر - شرعاً - .

(١) توضيح ذلك : أن القبض الذي هو الاستيلاء المطلق على المبيع - منقولا كان أم غير منقول - يتوقف تحققه بالنسبة الى المشترى على رفع جميع الموانع عن استيلائه الذي هو معنى التخلية وحقيقتها . ومن أعظم الموانع وأهمها : المانع الشرعي المستلزم عدم رفعه للتصرف في مال الغير بدون إذنه .

وعليه فالتخلية بالمعنى المذكور لابد منها في تحقق القبض ، ولو فيما يعتبر في تحقق قبضه نقله ، إذ ليس معناه الاكتفاء بمجرد نقله ، ولو كان ممنوعاً منه - شرعاً - وإلا لما توقف قبضه على إذن البائع بالقبض فيما يعتبر فيه اذنه ، كما في صورة عدم وصول الثمن اليه ، بل اعتبار نقله اعتبار للتخلية وزيادة :

اذا عرفت ماذكرنا : من أن الاستيلاء المطلق على المبيع لايتحقق للمشتري إلا برفع جميع الموانع ، سيما المانع الشرعي ، ففي الفرع المذكور ، وهو مالو اشتمل المبيع على متاع البائع : رفع المانع الشرعي عن استيلاء المشتري إنما يتحقق باحد أمور ثلاثة : إما بنقل البائع متاعه عنه ، أو إذنه للمشتري بنقله عنه ، أو إذنه بنقله مع المبيع فيما يعتبر في قبضه النقل - فلو لم يتحقق أحد الامور الثلاثة لايمكن تحقق القبض المشروع بمعنى الاستيلاء المطلق على المبيع وترتب جميع احكام القبض عليه من غير فرق بين المنقول وغير المنقول كالدار والعقار . فان الدار المشغولة بمتاع البائع - ولم يأذن للمشتري بتفريغها عنه وكان ممنوعاً عنه شرعاً ، لاستلزامه التصرف في مال الغير بدون إذنه - كيف يمكن القول بتحقق قبضها بمعنى الاستيلاء =

ومنه يظهر وجه القول الأخير (١) ومواقع النظر من كلام شيخنا في (الجواهر) حيث قال : « ... فان كان منقولا كالصندوق المشتمل على أمتعة البائع ، كفى في قبضه - على المختار - حصول تلك السلطنة عليه ولو قبل تفريغه ، بل لو اعتبرنا نقله - ونقله المشتري بالامتعة - كفى في نقل الضمان وغيره ، حتى مع عدم إذن البائع في نقل الامتعة ، بعد أن يكون آذناً في المبيع ، أو كان إذنه غير معتبر لوصول الثمن اليه ، إذ الاثم في ذلك لاينافي صحة القبض وترتب أحكامه عليه (٢) واحتمل في (المسالك) توقفه - فضلا عن غيره من أحكام القبض - على إذن البائع في نقل الامتعة

= المطلق عليها أوتخليتها له مع كونها مشغولة بمتاع البائع ، ولم يأذن بالتصرف فيه ونقله عنها ، سيما اذا كان جل بيوتها مشغولة بالمتاع . نعم يتحقق القبض بعد حصول الاثم بنقل المتاع عنها وتفريغها منه ، لاقبله .

(١) وهو القول بترتب نقل الضمان الى المشتري وعدم ترتب غيره من أحكام القبض الصحيح - فيما لو اذن البائع بنقل المبيع - خاصة - ولم يأذن بنقل مافيه من المتاع - ونقله المشتري بما فيه .

أما وجه ترتب نقل الضمان الى المشتري ، فلما سيجيء من سيدنا المصنف في الفرع السادس : من أن نقل الضمان من البائع الى المشترى لايتوقف على صحة القبض ، بل هو من أحكام مطلق قبض المشترى - سواء الصحيح منه والفاسد -

وأما عدم غيره من أحكام القبض ، فلما عرفت - آنفاً في توجيه المنع - أنه من آثار القبض الصحيح غير الممنوع فيه شرعاً - والمفروض ان القبض المذكور ممنوع عنه - شرعاً - لاستلزامه التصرف بمال البائع غير المأذون بنقله .

(٢) ظهر مما ذكرنا - آنفاً - : أن الاحكام المترتبة على القبض الصحيح غير الممنوع عنه شرعاً لايترتب عليه . وإنما يترتب عليه خصوص نقل الضمان المترتب على مطلق القبض - صحيحاً كان أم فاسداً - .

وفيه من الضعف مالا يخفى ، وإن كان غير منقول فلا ريب في تحقق التخلية قبل نقل الامتعة ، فيكتفى بها . واحتمل في (المسالك) عدم الاكتفاء قبل النقل - أيضا - وهو أضعف من سابقه » [1] انتهى .

وأما الوجه الثالث [2] فقد يقال : إنه لاموجب لنقل الضمان بعد أن لم يكن قبضاً بالفرض ، مع أنه تالف قبل قبضه « وكل مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال البائع » بحكم النبوي المتقدم . .

ودعوى ترتب الضمان على القبض الفاسد - غير الشرعي - كقبض المغصوب وإن لم يترتب عليه سائر أحكامه .

---

(١) راجع : كتاب البيع من كتاب الجواهر في مبحث مايتحقق به القبض في شرح قول المحقق : القبض هو التخلية . . .

أما وجه الضعف فيما يتوقف قبضه على نقله ، فقد ظهر بما أشار اليه في (الجواهر) من أن الاثم في ذلك (يعني في نقل المبيع) لاينافي صحة القبض وترتب احكامه عليه ، بناء على ماتقدم منا - آنفاً - من أن النهي عن المعاملة - لامن حيث هى هي بل لجهة خارجة عنها كما في المقام - لايقتضي فسادها وعدم ترتب الأثر عليها :

وأما وجه أضعفية مااحتمله في (المسالك) من عدم الاكتفاء بالتخلية في غير المنقول قبل نقل المتاع عن المبيع ، فهو انا لو تنزلنا وسلمنا اعتبار اذن البائع بنقل المتاع فيما يتوقف قبضه على نقله ، ولكن فيما يكون قبضه بالتخلية الحاصلة برفع يد البايع عن المبيع وتفويض أمره الى المشتري ، فعدم الاكتفاء بها في تحقق القبض قبل نقل المتاع وتفريغه ، كاد أن يكون بلا وجه .

هذا ، ولكن ذكرنا - آنفا - أنه يمكن توجيه مااحتمله في (المسالك) بما أشار اليه المصنف بقوله « ولكن يمكن توجيه ذلك . . . » الى آخر كلامه .

(٢) أي : ترتب نقل الضمان الى المشتري دون غيره من احكام القبض .

يدفعها : أن الضمان المترتب عليه هو الضمان بالمثل أو القيمة ، دون الضمان بالمسمى ، والمبيع مضمون بالمسمى على بائعه قبل التلف ، لابالمثل أو القيمة :

إلا أن الأقوى - كما ستعرف - ضمانه بالمسمى ، إن لم يكن فساده منبعثاً عن فساد العقد أو مايعتبر فيه - كما في المقام - (١)

ومنـــه يظهر قوة ماقواه في (المسالك) (٢) ففي المسألة احتمالات ثلاثـــة :

الثاني - لو كان المبيع بنفسه مشتركاً بين البائع وغيره ، فعلى المختار كفى في تحقق القبض حصول الاستيلاء والسلطنة للمشتري على حسب ماكان

(١) يعني : أن الاقوى ضمان المشترى المقبوض بالقبض الفاسد بالمسمى فيما لم يكن منشأ فساده فساد العقد أوما يعتبر فيه . فانه يضمنه بالمثل أو القيمة فيما كان المنشأ فساد العقد ، وفي المقام: منشأ فساد القبض عدم اذن البائع بنقل المتاع ، مع فرض صحة العقد وسيأتي من سيدنا - في الفرع السادس - توضيح ذلك .

(٢) حيث قال الشهيد - قدس سره - في مباحث القبض من كتاب البيـــع - : « الرابع - لو كان المبيع مشغولا بملك البائـــع : فان كان منقولاً كالصندوق المشتمل على امتعة البائع واعتبرنا نقله فنقله المشتري بالأمتعة ، كفى في نقل الضمان مطلقاً - ويحتمل توقفه على إذن البائع في نقله الأمتعة ، وان كان عقاراً كالدار ، ففي الاكتفاء بالتخليـــة قبل نقل المتاع وجهان ، أجودهما ذلك ، وهو خيرة التذكرة »

فان ظاهر اكتفائه في نقل الضمان - مطلقاً - ومن قوله أخيراً - أجودهما ذلك قوة الاكتفاء بمطلق النقل .

وقوله - في الفرع الاول « ويحتمل توقفه على إذن البائع في نقله الامتعة » مجرد احتمال ، لا اختيار .

للبائع - مطلقاً - منقولا كان المبيع أم غيره.

وكذا على القول بكفاية التخلية - مطلقاً - إذ ليس للمشتري إلا ماكان للبائع من السلطنة له في المال المشترك ، والمنع من التصرف من جهة الشركة لاينافي الملكية بالاشاعة ، لوضوح الفرق بين الطلق والمشاع في الملكية والتخلية المطلوبة من المالك ، وان اعتبرنا النقل في المنقول وكان المبيع المشترك منقولا ، فغير بعيد الحاقه بغير المنقول في تحقق القبض بالتخلية - كما عن (المختلف) - في كتاب الهبة - (١)

ويحتمل - قوياً - توقف القبض على إذن الشريك أو قبض الحاكم له - أجمع - بعضه أمانة ، وبعضه عن المشتري ، بعد رفع أمره الى الحاكم :

الثالث : قال في (المسالك) - تبعاً للتذكرة - : « لو كان المبيع في مكان لايختص بالبائع ، كفى في المنقول نقله من حيز الى آخر ، وان كان في مكان يختص به ، فان نقله فيه من مكان الى آخر باذنه كفى أيضا (٢)

---

(١) قال العلامة في المختلف ، في آخر مسألة من الفصل الأول من كتاب الهبة): «مسألة : قال الشيخ في (المبسوط): هبة المشاع جائزة ، ثم إن كان مما لاينقل كالارض كان القبض هو التخلية ، وإن كان مما ينقل كان القبض التحويل ، فان وافق الشريك على أن يقبض المتهب أو المتهب على أن يوكل الشريك في القبض صح ، وان تعاسرا نصب الحاكم أميناً يقبض الكل : نصفه هبة ونصفه أمانة للشريك حتى يتم عقد الهبة ، والوجه عندي : جعل القبض - هنا - التخلية ايضاً لأنه - فيما لايمكن نقله وتحويله - كأنه لافرق بين عدم الامكان المستند الى عدم القدرة الحسية أو عدم القدرة الشرعية ، وهو أولى من التحكم في مال الشريك بغير اختياره » .

(٢) يعني في ترتيب جميع آثار القبض على نقله .

وان كان بغير إذنه كفى في نقل الضمان خاصة» كما مر » (١)

قلت : هذا مبني على اعتبار النقل في المنقول ، وعليه فالظاهر حصول القبض بنقله (٢) من حيز الى آخر ، وان كان مختصا بالبائع وكان بغير إذنه لتحقق ماهو مناط القبض من التسليط والتسلط والنقل المأذون في أصله ، وإن أثم باختياره منه الفرد المتحد مع العنوان المحرم ، سيّما مع كون الحيز المنقول اليه في طريق السلوك الى الخارج ضرورة أن النقل الى ذلك الموضع محلل لا إثم فيه ، وهو يكفي في تحقق القبض ، وهاهنا يتجه كلام شيخنا المقدم في (جواهره) لافي الفرع المتقدم ، فافهم (٣).

---

(١) راجع : كتاب المسالك للشهيد الاول ، المبحث السادس من مباحث القبض في شرح قول المحقق (القبض هو التخلية ...) ويريد مما مر : أي في المبحث الرابع من مباحث القبض ، كما اشار اليها سيدنا المصنف ـ آنفاً ـ ونقلنا ـ عبارته بنصها وعلقنا على الموضوع ـ فراجع .

(٢) وترتيب جميع آثار القبض على نقله .

(٣) يريد سيدنا المصنف ـ قدس سره ـ بالفرع المتقدم : الفرع الاول من فروع القبض ، وهو ما اذا كان المبيع مشغولا بأمتعة البائع ، ولم يأذن بنقل المتاع مع كونه آذناً بقبض المبيع ونقله المشتري بما فيه ، وقوى صاحب (الجواهر) ـ قدس سره ـ حصول القبض للمشتري بنقله مع المتاع ، وترتيب جميع آثار القبض وأحكامه على نقله مع المتاع ، قائلا « إن الاثم بنقل المتاع لاينافي صحة القبض وترتب أحكامه عليه » وذكر سيدنا ـ قدس سره ـ أن نظره في حصول القبض : أنه معاملة والنهي عنها لايقتضي الفساد .

ثم ذكر ـ رحمه الله ـ وجهاً لفساد القبض المذكور ،سبق مناتوضيحه،وحاصل الفرق بين هذا الفرع وبين ماسبق من الفرع الأول : أنه في هذا الفرع مناط صحة القبض حاصل ، وهو إذن البائع بأصله ، وقدرة المشترى ـ شرعاً ـ عليه بنقله =

الرابع : لو باع ماهو غير منقول كالدار مع مافيها من المنقول صفقة فالظاهر كفاية التخلية في قبض المجموع - هنا - وان اعتبرنا النقل في المنقول ، لأن قبض الدار قبض لها بما فيها - عرفاً - .

= الى حيز خارج عما يختص بالبائع مما لم يأذن بنقله اليه ، غاية الأمر : إن المشتري بسوء اختياره طبق القبض المأذون فيه على الفرد المحرم - شرعاً - بأن نقله الى المكان الذي لم يأذن البائع بنقله اليه ، فيتوجه - حينئذ - كلام صاحب الجواهر - قدس سره - بأن النهي عن المعاملة - أعني القبض المتحد مع الحرام في الوجود - لايقتضي الفساد وعدم ترتب الأثر عليه .

هذا ، ولكن في الفرع السابق لم يكن فساد القبض من حيث اجتماعه مع الحرام في الوجود ، بل من حيث أن البائع لم يأذن بنقل متاعه وتحريكه عن مكانه مطلقاً لامنضما الى المبيع ولا مجرداً عنه ، وكلٌ منها ممنوع عنه شرعاً - لكونه مستلزماً للتصرف في مال الغير بدون إذنه ، ولم يكن شق ثالث يمكن أن يحصل به قبض المبيع بلا مانع شرعي ، فلا أثر لاذن البائع بقبض المبيع في ظرف عدم قدرة المشتري على القبض المشروع .

والحاصل : إن التخلية التي ليست هي مجرد رفع البائع يده عن المبيع ، بل هي : تحويل سلطنته على المبيع الى المشتري ورفع المانع الحاصل من جهته عن قبضه المبيع وتسلطه عليه - عقلياً كان أوشرعياً - في الفرع المتقدم غير حاصلة ، فتبصر لئلا تقول : إن في كل من الفرعين نقل المبيع الحاصل به قبضه ممنوعاً عنه المشترى شرعاً ، وفي الفرع الذي نحن فيه كذلك ، فما الوجه فى كون المنع الشرعي في الفرع المتقدم مانعاً عن تحقق القبض بنقله دون هذا الفرع ؟

نقول : إن القبض المشروع في الفرع السابق غير مقدور للمشتري ، وإنما المقدور له غير المشروع ، وهنا مقدور له بنقله الى حيز خارج عما يختص بالبائع فافهم :

ويحتمل اعتبار النقل في خصوص قبض الحال ، وان كفت التخلية في قبض المحل [١].

الخامس : لو كان المبيع مكيلا أو موزوناً ، فلا يخلو من صور ثلاث ، لأنه إما أن يكون كيله أو وزنه معلوماً ، أولا ، كما لو باعه قدراً معيناً من صبرة مشتملة عليه . وعلى الأول : فاما أن يكون معلوماً بالمشاهدة - كما لو كيل أو وزن بمشهد المشتري - قبل العقد عليه ، أو بأن أخبره به ، فصدقه :

أما الثالثة : فهي المتيقنة من مورد النصوص المتقدمة الدالة على المنع تحريماً أو كراهة عن بيع المكيل أو الموزون قبل كيله أو وزنه :

وأما الأولى : ففي الاكتفاء بالكيل السابق أو وزنه عن تجديدهما بعد البيع - ثانياً - وجهان : مبنيان على أن اعتبارهما هل هو من جهة تحقق القبض ، فلا بد من تجديدهما بعد البيع إذ لامعنى للقبض قبل البيع - كما قواه في المسالك - ونسبه فيه الى العلامة والشهيد [٢] وعليه ، فلابد

---

(١) اما ما استظهره سيدنا - قده - من كفاية التخلية في قبض المجموع فهو أن مافي الدار -مثلا- من المتاع بمنزلة التابع لها في البيع فيكفي في قبضه مايكفي فيها من التخلية: وأما وجه ما احتمله من اعتبار النقل في خصوص المتاع الذي فيها وان كفت التخلية في قبض الدار فباعتبار انهما مبيعان انضم كل منهما الى الاخر فلكل منهما حكمه في تحقق قبضه .

(٢) راجع : البحث السابع من مباحث القبض من كتاب المسالك في شرح قول المحقق: والقبض هو التخلية حيث يقول: « ... لو كان المبيع مكيلا أو موزوناً فلا يخلو : إما أن يكون قد كيل قبل البيع أو وزن ، أولا ، بأن اخبر البائع المشتري بكيله أو وزنه ، أوباعه قدراً منه معيناً من صبرة مشتملة عليه ، فان كان الآخر فلا بد في تحقق قبضه من كيله اووزنه للنص المتقدم، وان كان الاول ، ففي =

من الاعتبار - ثانياً - في الصورة الثانية بطريق أولى ، أو لمحض التعبد في رفع المنع عن بيعه - ثانياً - المحتمل عليه دعوى الاكتفاء بالكيل السابق أو وزنه لاطلاق النصوص المتقدمة الشاملة لما كان الكيل أو الوزن قبل البيع ، ضرورة صدق كونه كيل أو وُزن عليه . وعليه ، ففي الصورة الثانية يحتمل الاكتفاء به أيضاً ، ويحتمل العدم ، لعدم الأولوية - حينئذ - مضافاً الى رواية محمد بن حمران « قال : قلت لأبي عبد الله عليه السلام : اشترينا طعاماً ، فزعم صاحبه أنه كاله فصدقناه وأخذناه بكيله ؟ فقال : لابأس فقلت : أيجوز أن أبيعه كما اشتريته بغير كيل ؟ فقال : لا ، أما أنت فلا تبعه حتى تكيله » [1].

هذا ، والتعرض لكلمات الأصحاب في هذا الفرع ربما ينجرّ الى الإطناب :

والذي يختلج بالبال ويخطر في الخيال في تحقيق المسألة : هو أن يقال: كل مبيع بعد تعلق البيع الصحيح به جاز للمشتري بيعه بعد الدخول في ملكه - مطلقاً - وإن لم يقبضه ، لوقوعه من أهله في محله . إلا المكيل

= الافتقار الى اعتباره - ثانياً - لأجل القبض، او الاكتفاء بالاعتبار السابق، وجهان : من اطلاق توقف الحكم على الكيل او الوزن - وقد حصلا - وقوله « لاتبعه حتى تكيله أو تزنه » لايدل على أزيد من حصولها الشامل لما كان قبل البيع ، ومن كون الظاهر أن ذلك لأجل القبض لا لاجل صحة البيع فلا بد له من اعتبار جديد بعد العقد ، وبه صرح العلامة والشهيد وجماعة ، وهو الاقوى » .

(١) راجع: وسائل الشيعة للحر العاملي ج ١٢ طبع جديد : كتاب التجارة أبواب عقد البيع وشروطه ، باب جواز الشراء على تصديق البائع .. حديث ٤ والإسناد هكذا : وباسناده عن الحسين بن سعيد عن فضالة عن أبان عن محمد ابن حمران .:. الخ .

والموزون ، فانه يمنع عن بيعه مكايلةً قبل قبضه ، وان دخل في ملكه للنصوص المتقدمة ، بعد تنزيلها على الغالب من ترتب القبض على الكيل والوزن ، وبعد قبضه يجوز بيعه ، وان تحقق بغير الكيل والوزن ، لما تقدم من الاجماع المحكي في (المختلف) (١) على انعقاد البيع بعد القبض ، فالقبض هو المناط في جواز البيع - ثانياً - جمعاً بين النصوص والاجماع المتقدم .

وإن أبيت إلا الجمود على ظاهر النص وأغضيت النظر عن إجماع (المختلف) أو تمسكت بظاهر معقده المحكي في (الرياض) (٢) و (شرح اللمعتين) (٣) فنقول : خصوص المكيل والموزون يمنع عن بيعه - ثانياً - إلا بعد الكيل والوزن ، وان حصل القبض فيهما بدون ذلك ، كما لو نقله المشتري الى بيته ، وتصرف فيه بجملة التصرفات من دون كيل عليه أووزن ، فانه - حينئذ - يترتب جميع أحكام القبض عليه حتى دخوله في ضمان المشتري غير أنه لو أراد بيعه - ثانياً - توقف على كيله أووزنه ، للنصوص المتقدمة

السادس : المقبوض بالقبض الفاسد ، لو تلف بيد المشتري كان مضموناً عليه - مطلقاً - بالمثل أو القيمة ، إن كان الفساد منبعثاً عن فساد العقد أو مايعتبر فيه ، وبالمسمى إن كان فاسداً فيما لايكون القبض مستحقاً له على البائع مع وقوعه منه بغير إذنه وفرض كون العقد صحيحاً ، ومعناه انتقال الضمان منه اليه ، لقاعدة الضمان على من تلفت بيده .

وقد يتوهم - هنا - كون الضمان على البائع ، بناء على ما تقدم من

(١) راجع - هذا المضمون - فيما مضى من هذا الكتاب : القول الثالث من أقوال القبض ص ١٢٤

(٢) راجع : - ذلك - فيما سبق من الكتاب: ص ١٢٠ .

(٣) راجع ماسبق آنفاً : ص ١٢٤ من الكتاب وذكرنا - هناك - : أن الصحيح (شرح اللمعة) للفاضل الجواد .

عدم تحقق القبض إلا بعد التخلية الموقوفة على إذنه ، لكون القبض غير مستحق عليه بالفرض ، فهو تالف قبل قبضه ، وكل مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال بايعه ، بحكم القاعدة المستفادة من النبوي المتقدم .

إلا أنه توهم فاسد ، لأن المراد من القبض المعلق على عدمه التلف مطلق القبض بكلا قسميه : الصحيح والفاسد ، ونفي القبض كذلك معناه كون التلف عند غير المشتري ، فلا يكون المقام مشمولا للنبوي حتى يتوهم تعارض القاعدتين فيه ، كيف ولو تلف بيد المشتري بعد أن كانت العين مضمونة بالمسمى بالعقد الصحيح ، فان رجع البائع على المشتري ببدله الواقعي ، فمع أنه غير الضمان بالمسمى مع كون الضمان به بالفرض ، لم يكن الفوات من مال البائع بعد أخذه البدل الواقعي : وإن لم يرجع عليه بشيء من البدلين الواقعي والمسمى ، جمع المشتري بين العوض والمعوض ، فلم يبق إلا كون المبيع فائتاً من المشتري ، بمعنى كون خسرانه عليه ونقصانه في ملكه ، وهو المطلوب من انتقال الضمان للمشتري .

نعم لولا النبوي لكان مقتضى القاعدة الأولية غرامة البائع بعد أن كانت العين مضمونة بعقد المعاوضة وتلف عنده المثل أو القيمة للمشتري بدلاً عن ملكه واتخذه المسمى منه ، إلا أن النبوي حاكم على تلك القاعدة الأولية ومتضمن لبطلان البيع وانفساخه ، ورجوع المبيع الى ملك البائع آناماً عند التلف حتى يصدق كون التالف من مال البائع - كما عليه المشهور وان كان الأقوى - عندنا - موافقة النبوي للقاعدة في إيجابه الانفساخ بالتلف قبل القبض ، كما ستقف عليه عند تحريرنا له في مسألة مستقلة (١).

وبالجملة : فمفاد النبوي عندهم مجرد بيان حكم مالو تلف المبيع عند البائع وكون التلف منه في قبال ماتقتضيه القاعدة الأولية ، وأين ذلك من المقام المفروض كون التلف بيد المشتري ؟.

---

(١) يذكر ذلك - مفصلا - في أوائل رسالته التالية لهذه الرسالة ، فراجع .

السابع : قال في (المسالك) : « لو كان المبيع بيد المشتري قبل الابتياع : فان كان بغير اذن البائع فلا بد من تجديد الاذن في تحققه بالنسبة الى رفع التحريم أو الكراهة . وأما بالنسبة الى نقل الضمان ، فيحتمل - قوياً - تحققه بدونه ، كما لو قبضه بعده بغير اذن البائع . ويحتمل توقف الأمرين على تجديده ، لفساد الأول شرعاً ، فلا يترتب عليه أثر . ولو كان باذنه كالوديعة والعارية لم يفتقر الى تجديد إذن ولا تخلية .. » (١) انتهى

قلت : ومما ذكرنا ظهر لك وجه قوة ماقواه في (المسالك) من انتقال الضمان الى المشتري لو كان مقبوضاً بغير إذنه ، إلا أن إطلاق قوله (فلا بد من تجديد الاذن) الشامل لما لو كان القبض مستحقاً له على البائع ، كما لو اشتراه بمال في ذمته ، غير جيد - ضرورة عدم الحاجة إلى الإذن بعد ما كان القبض مستحقاً عليه .

هذا بالنسبة الى البيع . وأما بالنسبة الى ماكان القبض شرطاً في صحته أو لزومه كالرهن والهبة ، فنقول : لو رهن المقبوض بيد المرتهن قبل عقد الرهن عليه ، فلا يخلو : إما أن يكون القبض المتحقق أولاً باذن الراهن ، أو بغير إذنه كالمغصوب . وعلى التقديرين ، ففي اعتبار الاذن مطلقاً أوعدمه كذلك ، أو التفصيل بين المأذون وغيره .

أقوال : نسب ثانيها الى الأكثر ، ولعل نظرهم الى كفاية تحقق القبض فيما هو معتبر فيه من الصحة أو اللزوم ، لاطلاق قوله (ص) « لارهن إلا مقبوضاً » (٢)

---

(١) راجع : المبحث الثاني من مباحث القبض في شرح قول المحقق : « القبض هو التخلية ... » .

(٢) راجع : الوسائل للحر العاملي ، كتاب الرهن ، ٣ - باب اشتراك القبض في الرهن ، حديث (١) محمد بن الحسن ، باسناده عن الحسن بن محمد بن سماعة عن صفوان عن عاصم بن حميد عن محمد بن قيس عن أبي جعفر - عليه السلام - :

و « رهان مقبوضة » [١] .

وفيه : إن المطلقات مسوقة لبيان أصــل اعتبار القبض ، وأما من جهة الكيفية ، فهي مهملة غير ناظرة اليها ، فيبقى الحكم على ماكان عليه قبله من الجواز وعدم ترتب الصحة بحكم الاستصحاب .

وأما وجه القول بالتفصيل ، فلتحقق ماهو معتبر في القبض من الاذن في الأول دون الثاني .

وفيه أن المعتبر هو القبض المأذون بعنوان كونه رهناً ، لامطلق الاذن بالقبض ، وبالجملة ، بعد اعتبار الاذن والرضا في صورة حدوث القبض المعتبر في الرهن بعد عقده ـ كما عليه المشهور ـ لامعنى لعدم اعتباره في القبض المستدام ، كما نسب الى الأكثر أيضا هنا :

ومنه يظهر الاشكال في وجه التفرقة بين المقامين حتى ذهب المشهور الى اعتبار الاذن في الأول وعدم اعتبارهم له في الثاني .

ودعوى تحقق الاذن فيه ـ بدلالة الارهان عليه ـ فمع أنها ممنوعــة من أصلها لعدم الملازمة بين الرضا بكونه رهناً وكونه عند المرتهن بعينـه آتٍ في القبض الحادث ، كما لو قبضه المرتهن بدون إذن الراهن بالقبض بمجرد العقد عليـه ، فالأقوى في المقامين اعتبار كون القبض مأذوناً فيـه وفاقاً للمشهور في الاول ، وخلافاً لهم في الثاني ـ كما عرفت من الاستصحاب بعد كون المطلقات مهملة من حيث الكيفية ، مضافاً الى أن القبض بعد كونه جزء السبب ومتمماً للعقـد صحـة أو لزوماً يعتبر فيه مايعتبر في باقي أجزاء السبب من الرضا والاختيار ، أو الى دعوى كون المستفاد من أدلة اعتبار القبض فيما هو معتبر في صحة العقد أو لزومه اعتبار تأكد الايجاب

(١) يشير الى قوله تعالى في صورة البقرة ٢٨٣ ـ : « وإن كنتم على سفر ولم تجدوا كاتبا فرهان مقبوضة » .

والقبول اللفظي بالايجاب والقبول الفعلي- كما عن شيخنا المرتضى رحمه الله-في بعض تحقيقاته الدرسية فالسبب عنده في الرهن ونحوه مما كان القبض معتبراً في صحته أولزومه مركب من الايجاب والقبول اللفظي والفعلي، تأكيداً للعقد اللفظي بالمعاطاةالفعلية .

وبالجملة ، فلا بد من كون قبض المرتهن عن إقباض الراهن أوإذنه من غير فرق بين القبض الحادث والمستدام ، غير أنه في المستدام بعد الاذن به لايحتاج الى مضي زمان يمكن فيه تجديد القبض - كما في المسالك عن (التذكرة) مستنداً الى أن القبض إنما يعتبر بعد الرهن ، وهو لايتم الاباذن ثم الاذن في القبض يستدعي تحصيله ، ومن ضروراته مضي زمان فهو دال على القبض الفعلي بالمطابقة ، وعلى الزمان بالالتزام .

ولما لزم من القبض الفعلي تحصيل الحاصل أو اجتماع الامثال المحالان حمل اللفظ على المعنى الالتزامي لتعذر المطابقة .. انتهى .

وفيه : إن مضي الزمان من لوازم حصول القبض وتحققه ، فيعتبر فيه من باب المقدمة ، فلا يعتبر في القبض الحاصل المتحقق .

نعم ، لايكفي الاذن ، ولو مع مضي زمان يمكن فيه القبض ، فضلا عن الاذن - وحده - لو كان المرهون - منقولاً كان أو غيره غائباً- غيبة لايصدق معها القبض لوخلي بينه وبينه فيما يكفي فيه ذلك ، فضلا عما لو كان منقولا واعتبرنا النقل فيه حتى يحضر المرتهن أو وكيله عند الرهن ويقبضه بما يصدق معه من تخلية أو نقل .

وبعبارة أخرى : لو رهن ماهو غائب عن مجلس العقد غيبة لايصدق معها القبض لم يصر رهناً صحيحاً بناء على اعتباره في الصحة ، أولازماً بناء على اعتباره في اللزوم ، بلا خلاف أجده - كما في الجواهر - (١)

(١) راجع : كتاب الرهن من مجلد المتاجر في شرح قول المحقق (لو رهن ماهو غائب ..) ففيه نفس العبارة هذه ، بتغيير بسيط.

بل عن (جامع المقاصد) نسبته الى نص الأصحاب (١)

وهذا مما لاكلام فيه ولا شبهة تعتريه . إنما الكلام في تسويغ حيلة توجب صحة رهن ماكان غائباً كذلك أو لزومه .

فقد يقال - بل قيل - بصحة رهنه كذلك لو وكل المرتهن الراهن على قبضه ، فيكون قبضه له بعد عقد الرهن عليه قبضاً عن المرتهن والمفروض كفاية القبض المستدام مع الاذن في صحة الرهن أو لزومه ، ولا يعتبر حدوثه بعده .

وفيه - أولاً - ان القبض بعد اعتباره وكونه جزء من السبب يعتبر فيه ان يكون مقدوراً للقابض ، وفعلا من أفعاله الاختيارية وقبض الراهن في الفرض قبض غير مقدور له لكونه مقهوراً عليه ، فهو من بقاء المال تحت يده ، لا إبقاء له كذلك .

وثانياً - إن الوكالة إنما تتحقق بأمرين : حدوث فعل ، مع نية كونه عن الموكل ، إذ لابدّ لها من المتعلق . والقابض الناوي عن العين المقبوضة له ، لم يحدث منه فعل حتى ينوي به عن الموكل ، ولا نيابة إلا في فعل ومجرد قصد الوكالة غير كافٍ في تحققها .

ومما ذكرنا يتجه الفرق - بل يتضح - بين حضور الرهن عند القابض وغيبته غيبة تمنع عن الصدق ، ضرورة أن دوام القبض في الأول معناه

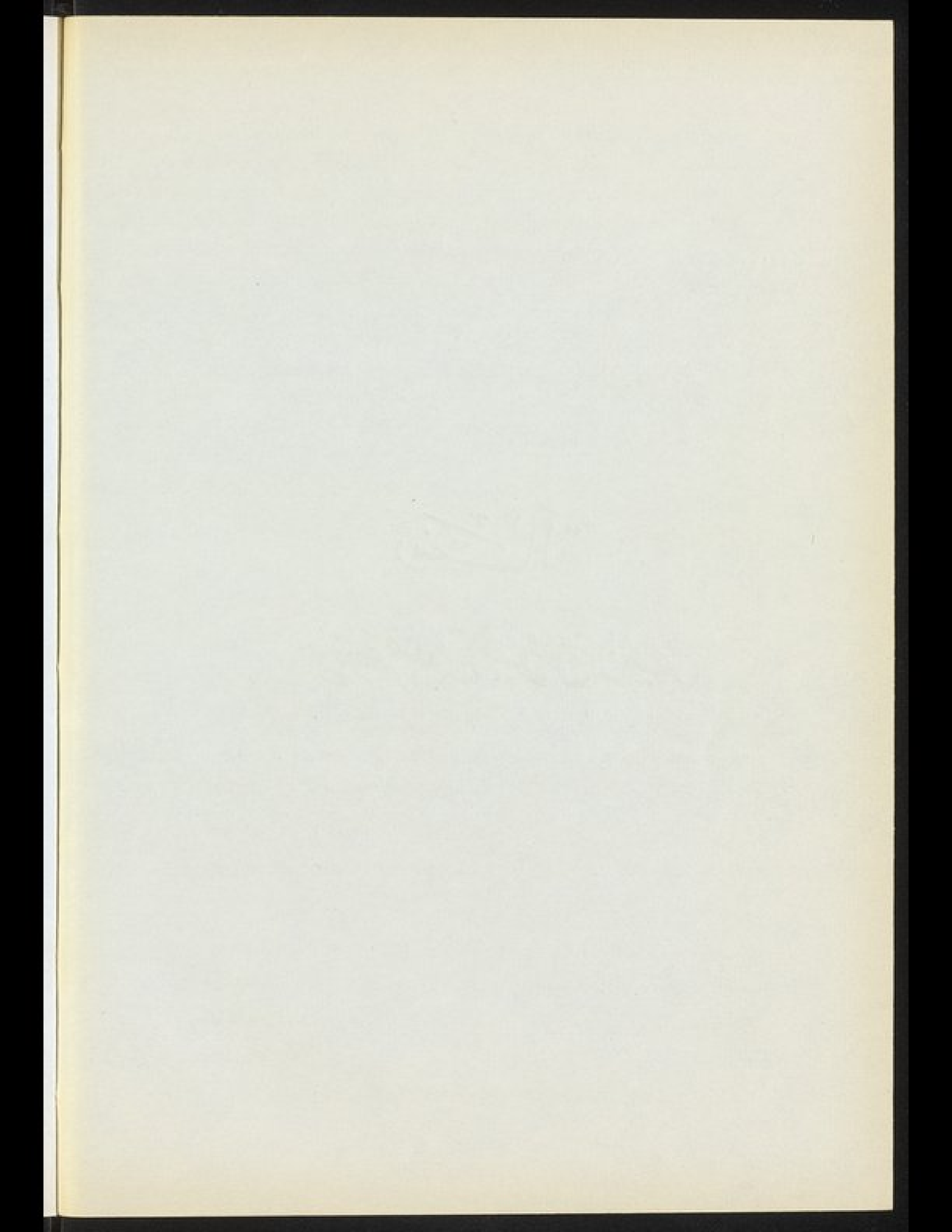
---

(١) راجع : كتاب الدين ، المقصد الثاني في الرهن ، المقصد الخامس في القبض - قال في شرح قول العلامة - في قواعده : ولو رهن الغائب لم يصر رهنا حتى يقبضه هو أو وكيله - : « هذا الحكم مبني على اشتراط القبض في الرهن وحينئذ فلا بد في حصول الرهن من عود الغائب الى موضع الرهن ليتصور قبضه إياه عادة ، أو توكيله في القبض لمن كان قريباً بحيث يتمكن منه ، سواء في ذلك ماينقل وغيره ، نص على ذلك الأصحاب وغيرهم » .

الابقاء ، وفي الثاني هو البقاء ، والابقاء فعل اختياري بخلاف الثاني حتى لو كان القابض الناوي هو المرتهن بأن كان مقبوضاً له قبل رهنه وان احتمل فيه الصحة لكونه مقبوضاً له باذنه بناء على ماتقدم من اعتبار كون القبض فعلا اختيارياً ، فيفرق في القبض المستدام بين ما كان منبعثاً عن الابقاء أومنبعثا عن البقآء ، فافهم واغتنم .

رسالة

في قاعدة تلف المبيع قبل القبض



بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله رب العالمين ، والصلاة والسلام على أشرف الأنبياء والمرسلين محمد وأهل بيته المعصومين ، ولعنة الله على أعدائهم أجمعين من الآن الى يوم الدين .

مسألة : يظهر من الفقهاء - رضي الله عنهم - اتفاقهم على أن المبيع الشخصي قبل القبض مضمون على بائعه بالمسمى ، وبعده ينتقل الضمان منه الى المشتري ، بل في (التذكرة) : نفي الخلاف فيه - عندنا - وأنه من ضمان البائع لو تلف قبل القبض [1] وحكاية الاجماع عليه مستفيضة :

والأصل فيه - قبل الاجماع عليه - النبوي المشهور المتلقى عندهم بالقبول : « كل مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال بائعه » [2] وخبر عقبة بن خالد عن الصادق - عليه السلام - في رجل اشترى متاعاً من آخر وأوجبه غير أنه ترك المتاع عنده ولم يقبضه ، وقال : آتيك غداً إن شاء الله

(١) قال العلامة في (التذكرة ج ١ ، كتاب البيع ، في أحكام القبض) : « النظر الثالث في حكمه ، وله حكمان انتقال الضمان الى المشتري، وتسويغ التصرفات فهنا مطلبان : الأول - الضمان . ولا خلاف - عندنا - في الضمان على البائع قبل القبض مطلقاً ، فلو تلف - حينئذ - انفسخ العقد وسقط الثمن : . : ويكون من ضمان المشتري ::: » :

(٢) هذا الحديث النبوي تقدم الكلام عنه في هذا الكتاب : ص ٧٦ .

فسرق المتاع من مال مَن يكون ؟ قال ـ عليه السلام ـ من مال صاحب المتاع الذي هو في بيته حتى يقبض المتاع ويخرجه من بيته ، فاذا أخرجه من بيته فالمبتاع ضامن لحقه حتى يردّ ماله اليه » (١).

والمراد بصاحب المتاع هو البائع بقرينة ذيل الخبر (٢)

وهذه الكلية ـ في الجملة ـ مما لاكلام فيها . وإنما الكلام يقع في أمور :

الأمر الأول ـ في كونها : هل هي على القاعدة ، أو جرت على خلافها تعبداً للدليل الدال عليها ، فيجب الجمود فيها ـ حينئذ ـ على مورده من المبيع دون الثمن ، فضلاً عن غير البيع من سائر المعاوضات ؟

فنقول : أكثر من تعرض لهذه المسألة ـ مفصلا ـ صرّح بأنها جارية على خلاف القاعدة ، لأن القاعدة الأولية ـ بناء على انتقال كل من العوضين الى ملك الآخر بالعقد ـ تقتضي ضمان كل منهما لصاحبه لوتلف قبل القبض ببدله الواقعي من المثل أو القيمة ، ان لم نقل بكون يده يد أمانة لابالمسمى وكونه تالفاً من المشتري (٣) ، وضمانه باليد لعموم دليله ، لامن ضمان المعاوضة ، لكن لما دل الدليل على كون التلف قبله من مال البائع الظاهر

---

(١) تقدم الكلام عن هذا الخبر ـ آنفاً ـ في أوائل هذه الرسالة . وراجعه ـ أيضاً ـ في وسائل الشيعة للحر العاملي ، ابواب الخيار ، باب ان المبيع اذا تلف قبل القبض

(٢) وهو قوله ـ عليه السلام ـ « فاذا أخرجه من بيته فالمبتاع ضامن لحقه حتى يردّ ماله اليه » .

(٣) يعني وتقتضي القاعدة كون المبيع تالفاً من المشتري وكون ضمانه على البايع باليد لعموم النبوي المشهور : « على اليد ما اخذت حتى تؤدي » بمعنى أن على ذى اليد ما استولى عليه من مال الغير يضمنه له ويتحمل تبعاته من حفظه عن التلف وتدارك نقصه وضمان منافعه التالفة تحت يده إلى أن يؤديه الى مالكه ، فان تعذّر عليه أداؤه لتلفه أو ماهو بمنزلته في عدم إمكان أدائه ضمنه بمثله أو قيمته :

في كونه مالاً له عند التلف بمعونة ظهور (من) فيه للتبعيض ، وإلا فبعد التلف لايتعقل اتصافه بكونه مالا له ، وجب الحكم بانفساخ العقد قبل التلف بجزء لايتجزء من الزمان تصحيحاً لصدق كونه تالفاً من البائع ، ومثل ذلك في سبق الدخول في الملك آناً مّا غير عزيز في الشرع ، كما التزموا به (١) فيمن اشترى أحد عموديه ، وفي نحو (أعتق عبدك عني) (٢) وكدخول

(١) الملتزم بذلك : هو المشهور جمعاً بين الأخبار الدال بعضها على ترتب الانعتاق على الملك الظاهر في الترتب الزماني لامجرد الترتب الطبعي : منها مارواه الشيخ - قدس سره - في (التهذيب) عن محمد بن مسلم عن أحدهما - عليهما السلام - قال : «اذا ملك الرجل والديه او اخته او عمته او خالته اعتقوا » الخ. وما رواه عن كليب الاسدي قال : « سألت أبا عبد الله عن الرجل يملك أبويه وإخوته ؟ فقال - عليه السلام - : ان ملك الأبوين فقد عتقا » الى غير ذلك من الروايات بهذا المضمون الظاهرة في ترتب العتق على الملك زماناً . نعم بعضها الآخر ينفي أصل الملكية في العمودين وبعض ذوي الأرحام كرواية عبيد بن زرارة المروية في (التهذيب) أيضا قال : « سألت أبا عبد الله عما يملك الرجل ؟ فقال - عليه السلام - : لايملك والديه ولا ولده ولا اخته ولا عمته ولاخالته » الخ. وفي (التهذيب) أيضا عن أبي جعفر - عليه السلام - قال : « لايملك الرجل والديه ولاولده » الى غير ذلك مماهو بهذا المضمون من نفى اصل الملك. والمشهور حملوا هذه الرواية على نفي الملكية المستقرة وتلك على ثبوت الملكية المستعقبة للانعتاق وهو معنى الملكية الآنية ، جمعاً بينها ، مضافاً الى النبوي المشهور : « لاعتق الا في ملك (او بعدملك) وسيأتي في باب المعاطاة في الدليل الأول من أدلة افادتها الملك استضعاف سيدنا المصنف - قدس سره - ذلك ، واختيار تقريب آخر للجمع بينها، ويأتي منا: استظهار مااختاره المشهور في الجمع بعد ذكر مجموع ماعثرنا عليه من الروايات لقرائن فيها تؤيد ذلك .

(٢) هذا من موارد استيفاء مال الغير بامر معاملي عند استجابة المأمور لامر الآمر توضيح ذلك: ان من طلب من غيره صرف ماله أو عمله في سبيله ومصلحته =

. . . .

= فيما اذا كان المطلوب صالحا لوقوعه عن الغير بأن كان قابلا للتبرع به عنه فانه بامر الآمر وطلبه من المأمور إيجاده واستجابة المأمور لما طلبه منه غير قاصد للتبرع به عنه وبذله له مجاناً ، يدخل المال في ملك الآمر ثم ينصرف الى وجهه الذي أراده الآمر من مالكه ويضمنه الآمر بما عيّنه له من العوض ومع عدم التعيين يضمنه بمثله أو قيمته . بيان ذلك : ان الضمان تارةً يكون له أطراف أربعة : ضامن ومضمون ومضمون عنه ومضمون له ، وهو الضمان العقدي الموجب لانتقال ما في ذمة المضمون عنه الى ذمة الضامن ، وأخرى - يكون له أطراف ثلاثة - ضامن ومضمون ومضمون له . وهذا على قسمين : فتارةً يكون بحكم الشارع المقدس وتغريم منه للضامن بالزامه بتدارك المضمون عند تلفه او اتلافه بمثله أو قيمته ، ويسمى ضمان غرامة كالحاصل باليد العادية على مال الغير أو باتلافه ، وأخرى - يكون باقدام وتعهد من الضامن والتزام منه بتدارك المضمون للمضمون له عند استيفائه منه ببدله سواء سمّاه له وعيّنه عند الالتزام والتعهد ام لم يعين بدله بل التزم له بضمان ما استوفاه بمثله أو قيمته بل ولو لم يصرح له بتداركه له بل كان منه مجرد امر واستدعاء لما طلبه منه كما لو قال له : أعتق عبدك عني أو تصدق بمالك عنى ، ولم يقل : وعلي ضمانه بكذا ، فلو استجاب مالك العبد او المال واعتق أو تصدق عنه غير قاصد به التبرع يضمنه الآمر بالمثل أو القيمة . وعلى كل فالضمان بالاستدعاء والأمر المعاملي ليس كالقسم السابق مما كان بتغريم وطرح من الشارع المقدس أعني الضمان باليد والاتلاف لايقتضي دخول المضمون في ملك الضامن قبل التلف بآن مّا وان قيل به ايضا لكنه خلاف المشهور حيث لاموجب له بخلاف الضمان بالاستيفاء فانه ضمان معاوضي ومقتضاه دخول المضمون في ملك الضامن عند استيفائه له ولو بآن ما ، عوضاً عما يخرج من ملكه الى المضمون له من بدله سواء كان بدله معيناً أم كان هو المثل أو القيمة . نعم يبقى شيء وهو بيان المدرك لصحة الضمان بالاستيفاء ومشروعيته . =

الدية في ملك الميت قبل موته بآن ما (١) وحيث كان مفاد الدليل عندهم ذلك ، وكان اخص من القاعدة ، التزموا بتخصيصها به .

= فنقول : مضافا إلى تسالم الأصحاب وعدم خلافهم في أصل صحته يمكن القول بكونه مشمولاً لآية (التجارة عن تراض) فانه كسب وتكسب من الضامن والمضمون له فان الضامن بالامر المعاملي يكسب المال او العمل من المضمون له بما تعهده له من العوض والمضمون له يكسب ماتعهده الضامن له من بدله ولم يكن الضمان بالزام وتغريم من الشارع بل باقدام واختيار من المتضامنين وبالجملة ، فهو من التجارة عن تراض .

نعم قد يشكل بان المعاملة المذكورة غالبا لم يعين الضامن عوضها وقيمة المضمون في الغالب لم تكن معلومة للمتضامنين حين المعاملة فالمعاملة غررية ، وقد نهى النبي (ص) عن الغرر .

ويمكن ان يجاب عنه بان دليل الغرر ليس من العمومات غير القابلة للتخصيص فان تم الاتفاق على صحة المعاملة المذكورة مطلقاً كما هو الظاهر يخصص دليل الغرر بالاجماع في المقام .

(١) قوله : « وكدخول الدية في ملك الميت قبل موته» انما التزم الاصحاب بدخول الدية في ملك الميت قبل موته بآن ما لاحد أمرين على سبيل منع الخلو : اما للوجه الاعتباري وهو أن الدية عوض لنفس الميت التي أزهقها القاتل ، وحيث كان الميت - حال الحياة - مالكا لنفسه فيملك عوضها بآن ما قبل موته ، واما للروايات المستفاد منها أنها ميراث ومتروك منه للوارث ولازم ذلك كونها مملوكة له عند الموت وان الوارث يتلقى الملك من مورثه وذلك كخبر اسحق عن الصادق - عليه السلام - : « إن رسول الله (ص) قال : اذا قبلت دية العمد وصارت مالاً فهي ميراث كسائر الاموال » وكخبر يحيى الأزرق عن الكاظم - عليه السلام - : (في رجل قتل وعليه دين ولم يترك مالا فأخذ أهله الدية من قاتله ، عليهم أن =

قلت : ان ماذكروه مبني على أن مفاد العقد ليس إلا التمليك بازاء التمليك وأن وجوب القبض إنما هو لكونه ملك الغير فيجب تسليمه الى مالكه ، لا لاقتضاء عقد المعاوضة ذلك .

وفيه ـ مضافاً الى مايلزمهم من محذور لزوم تقدم المعلول على علته بعد أن كان الانفساخ مسبباً عن التلف بعده ـ وقياسه باجازة الفضولي بناء على الكشف ، قياس مع الفارق ، لإمكان دعوى كون الشرط في الاجازة هو تعقب العقد بها ، وهو مقارن للعقد ، وليس في المقام مايصلح أن يكون معقباً بالتلف حتى يصح أن يكون علة للإنفساخ ، ولا يتوهم ـ هنا ـ كون السبب هو العقد المعقب ـ أيضاً ـ لأن مدخلية التلف في التأثير تضاد أثر العقد ومفاده ، فكيف يمكن تركب السبب منهما ، بخلاف الاجازة التي ليس معناها إلا إمضاء مفاد العقد ، وارجاع شرطية التلف الى شرطية بقاء العين الى القبض في اللزوم ، فيه من التكلف مالا يخفى وصدق الرجوع والانفساخ ، وان توقف على سبق الملك بالعقد إلا أن استناده لايمكن الى العقد ، أو مايتركب منه ومن غيره ومع ذلك لاينفك عن لزوم المحال من تأخر المعلول عن علته التامة بالزمان ، بناء على ماهو المسلم عندهم من الانفساخ من حينه لامن حين العقد ، ولذلك كان القول بشرطية التعقب بالاجازة مبنياً على القول بأنها كاشفة لاناقلة .

= يقضوا دينه ؟ قال ـ عليه السلام ـ نعم قال وهو لم يترك ، قال : إنما أخذوا الدية فعليهم أن يقضوا دينه » وفي خبر السكوني عن أمير المؤمنين ـ عليه السلام ـ « من أوصى بثلثه ثم قتل خطأ فان ثلث ديته داخل في وصيته » وفي خبر محمد بن قيس : « أنه ـ عليه السلام ـ قضى في وصية رجل قتل انها تنفذ من ماله وديته » وفي صحيح ابن سنان « قضى أمير المؤمنين ـ عليه السلام ـ ان الدية يرثها الورثة الا الاخوة والاخوات من الام فانهم لايرثون من الدية شيئا » إلى غير ذلك من النصوص .

أنه لا ملازمة بين التعبير بكونه من مال البائع ، والقول بالانفساخ فضلا عن سبقه على التلف حتى يلتزم به ، إذ كما يمكن ذلك تصحيحاً للصدق كذلك يمكن أن يكون كناية عن إرادة كونه تالفاً عليه بلا عوض له فأشبه بماله الذي لو تلف عنده كان التلف عليه وخسرانه منه . وهذا المعنى يكفي - أيضاً - في تحقق الصدق المذكور عليه ، وإن كان الأول هو الأظهر من العبارة ، إلا أن الثاني يمكن ترجيحه عليه بوجوه من المرجحات (١)

وعليه ، فيمكن القول بانفساخ العقد وحله بالتلف ، لكن من حينه لاقبله ، فتكون مخالفتها للقاعدة - التي مقتضاها : لزوم العقد - من حيث الانفساخ ورجوع كل من العوضين الى مالكه الأول ، أو القول بلزوم العقد وعدم انفساخه الموجب لكون المبيع مضموناً ببدله الواقعي من المثل أو القيمة ، غير أنه بعد قيام الدليل على كونه مضموناً بالمسمى خرجنا به عن القاعدة التي مقتضاها ضمان كل شيء ببدله الواقعي ، وحينئذ فلا حلّ للعقد ولا انفساخ ، بل رجوع الثمن - حينئذ - الى المشتري إنما هو من باب

(١) لعل الوجه في ترجيحه على الأول هو سلامته من محذور تقدم المعلول على علته واستلزام التخلص منه لما لايخلو عن تكلف ولزوم محال كما أشار اليه سيدنا - قدس سره - مضافاً الى أن الالتزام بالمعنى الثاني للنبوي يمكن مع القول بلزوم العقد الموافق لأصالة اللزوم منه وعدم انفساخه المقتضي لكون المبيع قبل القبض مضمونا على البايع بعوضه الواقعي من المثل او القيمة غير انه في المقام اقيام الدليل على كونه مضمونا بالمسمى خرجنا به عن القاعدة المقتضية لضمان كل شيء ببدله الواقعي وعليه فرجوع الثمن المملوك للبايع بالعقد الى المشتري انما هو بدل وغرامة لما تلف من ملكه في يد البايع التي هي يد ضمان على الفرض لامن حيث انفساخ العقد ورجوع كل ملك الى مالكه قبل العقد كما هو مقتضى المعنى الاول للنبوى فتأمل جيداً .

الغرامة والبدلية عما تلف من ملكه ، ولم يقع الانفساخ في متن رواية أومعقد إجماع حتى يلتزم به ، وإن وقع التعبير به عن الأكثر ، إلا أنه استنباط منهم من ظهور التعبير الواقع في الحديث وغيره في ذلك الممكن إرادة ماذكرناه منه ، بل هذا هو الأنسب باطلاق الضمان عليه ومرجعه في مخالفته للقاعدة الى عدم إمضاء الشارع في المقام لما هو المجعول بدلا عن التالف عند العرف والعقلاء بجعله الثمن المملوك للبائع بخصوصه بدلا عن المبيع التالف قبل القبض ، والالتزام بذلك اولى من رفع اليد عن الأدلة الدالة على لزوم العقد ووجوب الوفاء به إذ ليس هو إلا عــدم تقرير وامضاء من الشارع لما عليه العرف والعقلاء في خصوص المقام من جعل البدل :

وتظهر الثمرة بينه وبين القول بالانفساخ قبل التلف - أو من حينه - فيما لو عاد التالف بالفرض ، أو مابحكمه من السرقة ونحوها ، بناء على إلحاقه بالتلف في الحــكم ، فانه يرجع كل من العوضين على الأخير الى مالكه بالعقد كالمأخوذ بدلا عن الحيلولة ، ولا يرجع على الأول ، لانفساخ العقد وحله ، وعوده موقوف على معاوضية جديدة .

هذا ، وما ذكرنا كله جرياً منا على مذاق من بنى على كون الحكم بذلك على خلاف القاعدة ، وإلا فالاظهر - عندي - كما عليه غير واحـد من الأصحاب - موافقتـه لها ، بعـد أن كان مقتضى العقد هو تسليط كل من المتعاقدين صاحبه على ماكان مسلطاً عليـه من تبديل سلطنة بسلطنة في المتعلق الموجب لحصول الربط بين العوضين ربط البدلية ، بحيث يقوم كل منهما مقام الآخر في تعلق السلطنة الفعلية به وحيث كان مفاد العقـد ذلك وجب على كل من المتعاقدين إيجاد ماهو عليه بعد العقــد من التمكين الذي هو بمنزلة الجزء الأخير من العلة التامة لحصول التسليط الفعلي ، وحينئذ فوجوب القبض والتسليم إنما هو من شؤون العقد ومقتضياته ، ولذا جاز

لكل منهما الامتناع عن التسليم حتى يحصل التقابض ، ولو بالرجوع الى الحاكم عند التشاحّ .

وعليه ، فبالتلف يتحقق الانفساخ المسبب عن عدم الوفاء بتمام مقتضى العقد (١)

---

(١) وبتقريب آخر : أن كلا من المتعاقدين كما يلتزم للآخر بالمبادلة بين المالين في عالم الاعتبار الذي هو المدلول المطابقي لانشائه كذلك يلتزم له بالمبادلة الخارجية ، وهي : إعطاء ماخرج من ملكه اليه بدلا عما يأخذه منه ، ومرجع ذلك الى التزامه بتسليم ماسمّاه لصاحبه في عقد المعاوضة بدلا عما يتسلمه منه ، فاذا خرج المسمى في العقد عن صلاحية كونه بدلا وعوضاً عما يتسلمه منه لتلفه أو ماهو بمنزلة التلف - كصيرورة العبد حراً بسبب الزمانة والاقعاد ، وكسرقة المتاع مع عدم معرفة السارق ، أوغصب الظالم له بنحو لايرجى عوده ، ونحو ذلك - يخرج عوضه عن البدلية ، ويرجع الى ملك مالكه ، فيرجع المعوض والمبدل أيضاً الى مالكه وهو معنى الانفساخ .

لأن المعاوضة والمبادلة المقتضية لخروج المعوض عن ملك من دخل العوض في ملكه ، ودخوله في ملك من خرج العوض عن ملكه الى مالك المعوض بطلانها مقتض للعكس ، أعني : دخول ماخرج ، وخروج ما دخل ، فاذا دخل الثمن في ملك المشترى - مثلا - فلا بد من خروج المثمن عن ملكه ، إذ لا يمكن الجمع بين العوض والمعوض ، فتنفسخ المعاوضة ويرجع كل من العوضين الى مالكه الأصلي.

فان قلت : سلمنا أن الانفساخ ورجوع كل من العوضين الى مالكه الأصلي على طبق القاعدة ، ولكن رجوع المبيع الى ملك البائع قبل التلف آناًمّا تعبد صرف بمقتضى ظاهر قوله (ص) : « كل مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال بائعه » فان ظاهره كون التلف يقع في ملك البائع وان المبيع عند تلفه يكون من أمواله ، وانفساخ المعاملة ورجوع المبيع الى ملك البائع اذا كان مسبباً عن التلف ومعلولا له كيف =

. . . .

= يتقدم عليه ؟ فلا بد أن يكون ذلك على خلاف القاعدة بل هو تعبد محض .

قلت : يمكن أن يكون ذلك أيضا على طبق القاعدة وأن المعاوضة تقتضي ذلك ، بأن يكون التلف كاشفاً عن انفساخها لاعلة له ، فان عقد المعاوضة اذا كان مقتضاه ضمان المسمى فيه بعوضه المجعول في العقد لابدله الواقعي من المثل أوالقيمة ، وكان لازم انفساخها رجوع كل من العوضين الى ملك مالكه الأصلي ، ومقتضاه رجوع المثمن الى البائع وبعد تلفه غير صالح للرجوع ، إذ لا قابلية له للعوضية ، وبطلان المعاوضة - كما ذكرنا - مقتضاه دخول ماخرج ، فمع عدم صلاحية الدخول بعد التلف لكونه معدوماً لابد من الالتزام بما هو صالح للرجوع الى البايع ودخوله في ملكه ، والصالح للرجوع والدخول في ملك البايع إنما هو المبيع قبل تلفه ولو آناًما ، وهو معنى كون التلف كاشفاً عن الرجوع ، لاعلة له .

ثم إنه - بناء على ماتبين : من أن مقتضى المعاوضة والمبادلة بين المالين مع إمضاء الشارع لها ، هو انفساخها بتلف كل من العوضين قبل التسليم ، فلا فرق بين تلف المثمن وبين تلف الثمن ، وبين المبيع وبين غيره من سائر المعاوضات . نعم ، لو قلنا : بأن الانفساخ ورجوع المبيع الى ملك مالكه الأصلي على خلاف القاعدة ، بل لمحض التعبد للنبوي المشهور المتلقى بالقبول ، وخبر عقبة بن خالد :

فالتعدي عن البيع الى سائر المعاوضات وادعاء أن المناط هو المعاوضة مشكل ، إذ المناط غير منقح بل هو من شم الفقاهة :

نعم ، الظاهر عدم الفرق بين تلف المبيع وبين تلف الثمن ، إذ النبوي - وإن اختص بتلف المبيع - لكن رواية عقبة بن خالد =

. . . .

= ظاهرة في سراية الضمان المعاوضي الثابت على البائع الى الثمن - ايضاً - فانه (عليه السلام) في صدر جواب سؤال السائل بقوله: «فسرق المتاع من مال من يكون؟» قال (ع) «من مال صاحب المتاع الذي هو في بيته حتى يقبض المتاع ويخرجه من بيته» فيكون مفاده كالنبوى من حيث الضمان، وكون التالف مضموناً على البائع ببدله المسمى وكون تلفه موجباً لانفساخ المعاوضة ورجوع كل من العوضين الى ملك مالكه، فان ظاهر قوله (ع): «من مال صاحب المتاع» كونه مضموناً ببدله المسمى في الاشتراء، فسرقته المنزلة منزلة تلفه موجبة لانفساخ المعاوضة.

وبالجملة، فظاهر جواب الامام - عليه السلام - كون ضمان صاحب المتاع البائع له: ضماناً معاوضياً، فقوله - عليه السلام - بعد ذلك: «فاذا أخرجه من بيته» الذي هو كناية عن إقباضه للمشتري، فالمبتاع - أي المشتري - ضامن لحقه، أي: حق البائع، وهو الثمن حتى يرد اليه ماله - (١) لابد أن يراد من ضمان المشتري للثمن: الضمان المعاوضي - أيضاً - الذي مقتضاه: كون تلفه قبل الرد موجباً لانفساخ المعاوضة وعوده الى ملك مالكه الأصلي، وهو المشتري كضمان البائع للمتاع قبل الاقباض واحتمال - كون ضمان المبتاع للثمن من قبيل ضمان اليد، لا المعاوضي - بعيد غايته:

---

(١) قوله «حتى يرد اليه ماله» يمكن أن تكون كلمة يرد مضارع رد، يعني ان المشتري ضامن للثمن حتى يدفعه ويوصله الى البايع: ويمكن أن تكون مضارع ورد، ولعله الانسب، يعني ان المشترى ضامن للبايع حقه وهو الثمن حتي يصل الى البايع ماله من الثمن:

وبالجملة ، فالقبض شرط في الخروج عن ضمان المعاوضة في جميع عقود المعاوضات ، فيجري مثل تلف المبيع قبل القبض تلف المنفعة قبله في الاجارة بتلف العين بعد مدتها فتنفسخ الاجارة ـ على المختار ـ وتكون المنفعة مضمونة بقيمتها ـ على القول الآخر ـ اقتصاراً فيما خالف الأصل عندهم على مورد الدليل من البيع دون غيره .

وليس من الحكم بذلك : مالو تلفت العين المستأجرة قبل القبض مع انقضاء مدة لا يمكن فيها الانتفاع ، أو بعده ـ بلا فصل ـ كذلك فان الحكم ببطلان الاجارة في الصورتين مستند الى تعذر التسليم لكون القدرة عليه شرطاً في صحة العقد ـ بالاتفاق ـ ولذا اتفقوا على بطلان الإجارة ـ هنا ـ وان اختلفوا في كون مسألة تلف المبيع قبل القبض على القاعدة أو على خلافها .

فمن الغريب توهم بعض الأساطين في استناد حكمهم بالبطلان ـ هنا ـ الى ماورد فى البيع : من الدليل على الانفساخ فيما لو تلف المبيع قبل القبض .

وها نحن نتلو عليك جملة من عباراتهم لكيلا تغفل عن مستند الحكم : قال في (الجواهر) ـ في شرح قول مصنفه : ولو استأجر شيئاً فتلف قبل قبضه بطلت الاجارة مالفظه ـ : «... بلا خلاف أجده فيه ، كما اعترف به في محكي (التذكرة) لفحوى مادل عليه في البيع : من النبوي ، وخبر عقبة ، وغيرهما ، بل ظاهر الأصحاب في المقام اتحاد الحكم في المقامين ، وان المنفعة هنا بمنزلة المبيع ، والأجرة بمنزلة الثمن ، ومن هنا يتجه جريان جميع ماتقدم هناك في المقام كالبحث عن تلف الثمن المعين ... » (١)

(١) راجع : كتاب المتاجر منه ، كتاب الاجارة تحت عنوان شرائط الإجارة الرابع ـ أن تكون المنفعة معلومة ...

وقال الفاضل الجواد في (شرح اللمعتين) - في شرح قوله : ولو طرأ المنع . فان كان قبل القبض فله الفسخ - مانصه : « المنع الطارىء على المنفعة بعد العقد عليها وقبل قبضها إن كان بتلف سماوي بطلت الاجارة وليس مراداً من العبارة ، لحكمه بثبوت خيار الفسخ مع أن الثابت بالتلف هو الانفساخ لكون المنفعة بمنزلة المبيع التالف قبل القبض في الضمان ، وانفساخ العقد - بلا خلاف كما في التذكرة ، وظاهره نفيه بين المسلمين ، بل في (السرائر) وغيره : الاجماع عليه صريحاً ، ولولاه لأشكل الحال في تعدية الحكم من البيع الى الإجارة ، لوجود النص في الأول ، وفقدانه في الثاني - إلى أن قال بعد منع الدليل عليه هنا - فالعمدة الاجماع في المقام » (١)

وقال جدنا في (الرياض) : « ولو تلفت العين المعين في العقد استيفاء المنفعة منها قبل القبض أو بعده بلا فصل ، أو امتنع المؤجر عن التسليم مدة الاجارة بطلت الاجارة بلا خلاف في الأولين في الظاهر ، وبه صرح في (التنقيح) قيل : لفوات المتعلق ، فتكون كتلف المبيع قبل قبضه ، واستيفاء المنفعة هنا بتمامها قائم مقام القبض في المبيع ، كما أن استيفاء بعضه كقبض بعضه ، ولولا الاتفاق على هذا الحكم لأمكن المناقشة فيه على إطلاقه ، بل مطلقاً ، لمخالفته الأصل الدال على لزوم الأجرة وانتقال المنفعة الى ملك المستأجر بمجرد العقد . فرجوع كل منهما الى مالكها الأول مخالف للاصل ، ولا دليل عليه سوى القياس على المبيع ، وهو فاسد

(١) عرفت - آنفاً ص ١٢٤ - : أن الصحيح (شرح اللمعة) لاشرح اللمعة والروضة معاً، فان الفاضل الجواد بن الشيخ محمد تقي المعروف بـ (ملا كتاب) ليس له إلا شرح اللمعة للشهيد الاول . ويؤيد ذلك - هنا - أن هذه الجملة (ولو طرأ) التي أشار اليها سيدنا المصنف ، هي نص عبارة الشهيد الأول في اللمعة في اوائل كتاب الاجارة فراجع .

بعد اختصاص الدليل به » (١).

وقال في (الحدائق): « الثالث عشر - لو استأجرت شيئاً فعرض له التلف : فاما أن يكون للجميع أو البعض قبل القبض أو بعده ، أولم يعرض له التلف - الى أن قال : - الأولى - أن تتلف العين المستأجرة لاستيفاء المنافع منها قبل القبض ، ولا اشكال في بطلان الاجارة لأن استيفاء المنفعة أحد العوضين ، فاذا فات قبل قبضه بطل كما في البيع ، فاستيفاء المنفعة - هنا - كالقبض في البيع ، كما أن استيفاء البعض كقبض بعض المبيع » (٢).

وقال في (المسالك) - في شرح ماتقدم من عبارة مصنفه - : « المراد بالتالف المعين في عقد الاجارة استيفاء المنفعـة منه ، كما يرشد اليه ظاهر العبارة ، وبطلان الاجارة - حينئذ - واضح ، لأنه أحد العوضين فاذا فات قبل قبضه بطل كالبيع ، والاستيفاء - هاهنا - للمنفعة بتمامها ، قائم مقام القبض في المبيع ... » (٣).

وقال في (التذكرة) : « مسألة - إذا فاتت المنفعة بالكلية حساً انفسخ العقد ولا خيار للمستأجر ، كما لواستأجر دابة معينة للركوب فماتت أو استأجر للخدمة أجيراً معيناً فمات ، فان كان قبل القبض انفسخ العقد بلا خلاف نعلمه ، لان المعقود عليه تلف قبل قبضه ، فأشبه مالو تلف المبيع قبل قبضه ، وكذا إن كان عقيب القبض بلا فصل قبل مضى مدة

(١) راجع : الجزء الثاني منه : كتاب الاجارة ، بعنوان : بطلان الاجارة لو امتنع عن التسليم .

(٢) راجع منه كتاب الاجارة ، المطلب الثالث فى الأحكام ، وفيه مسائل: الثالثة عشرة ...

(٣) راجع : كتاب الاجارة منه في شرائطها - كما عرفت آنفاً - .

لمثلها أجرة ، فان الاجارة تنفسخ ، وتسقط الاجرة - أيضا - في قول عامة الفقهاء ، (١) انتهى .

ومنشأ توهمهم فى مستند الحكم بذلك : هو صدق عنوان التلف قبل القبض مع الغفلة عن استناد بعض صور الى فقدان القدرة على التسليم المتفق على اعتبارها في صحة العقد .

اذا عرفت ذلك ، فنقول : تنقيح المسألة هو أن يقال : تلف العين المستأجرة : إما أن يكون قبل القبض ، أو بعده . وعلى التقديرين : فاما أن يكون التلف بعد انتهاء مدة الاجارة ، أوفي أثنائها ، أو قبل مضي شيء منها يمكن الانتفاع فيه ، فهنا صور :

الأولى - أن يكون التلف قبل القبض ، ولكن بعد انتهاء مدة الاجارة ففي هذه الصورة نحكم بانفساخ الاجارة ورجوع الأجرة الى المستأجر ، نظير الحكم في تلف المبيع قبل القبض بالانفساخ ورجوع الثمن الى المشتري إن قلنا به على القاعدة ، وإلا فالمنفعة مضمونة على المؤجر بقيمتها للمستأجر لفقدان الدليل على الضمان بالمسمى في الاجارة .

الثانية - لو كان التلف في اثناء المدة ، ولكن قبل القبض أيضاً فحكمها حكم تلف بعض المبيع قبل القبض ، فان المنفعة كالمبيع والأجرة كالثمن ، وستعرف حكمها .

الثالثة - لو كان التلف قبل القبض ، ولما ينقض زمان يمكن فيه القبض . وهذه الصورة كالصورة :

الرابعة - وهي اذا كان التلف بعد القبض بلا فصل في الحكم ببطلان العقد من أصله ، لتعذر التسليم فيها ، لا للنبوي ، وغيره فى البيع .

---

(١) راجع : المجلد الثاني ، كتاب الإجارة ، فصل في المدة والضمان ، البحث الثاني - في فوات المنفعة بالكلية حساً ، مسألة...

الخامسة ـ ما اذا كان التلف بعد القبض لكن في أثناء المدة :

السادسة ـ ما اذا كان التلف بعدهما ، والحكم فيها واحد من حيث استحقاق الأجرة الى حين التلف ، غير أنه يستحق من الأجرة الى حين التلف في الأولى لكونه مقبوضاً له ، والتلف في الاثناء يكشف عن تعذر التسليم فيما بقي من المدة ، وفي الأخيرة يستحق الأجرة بتمامها لكون المنفعة بجملتها مقبوضة له ، وان لم يستوفها في تمام المدة أو في بعضها .

هذا ، وليعلم أن قبض المنفعة يصدق ـ عرفاً ـ بقبض العين ، وان كان حصولها بالتدريج ، فللمؤجر مطالبة الأجرة بمجرد تسليم العين الى المستأجر ولا كذلك في الأجير على عمل ، فليس له مطالبة الأجرة إلا بعد إيجاد العمل وان ملكها بالعقد ، والفرق : ان اليد على العين ـ عرفاً ـ يد على منافعها ، فتكون المنافع ـ بأجمعها وان تجدد حصولها ـ تحت يده عرفاً لكن بشرط بقاء العين المحرز عندهم باصالة السلامة من التلف واستصحاب بقائها ، ولذا كانت منافع العبد المملوك مضمونة على من حبسه ، وان لم ينتفع بخدمته ، وحيث لابدّ على الأجير الحر لايكون عمله مقبوضاً للمستأجر وتحت يده إلا بعد إيجاده ، فليس له مطالبة الأجرة قبله ، وان ملكها بالعقد ، ولذا لاتكون منافع الحر المحبوس مضمونة على حابسه ، إذ لابدّ له عليه حتى يكون له يد على منافعه .

نعم ، لوحبس الأجير على عمل مشخص بمدة مخصوصة كيوم مخصوص غير المستأجر ضمن الحابس منفعته المخصوصة ، لصدق الاتلاف عليه ـ عرفاً ـ بعد تموّله عندهم :

ولعلّ فيما ذكرنا ـ : من الفرق بين الأجير ومؤجر العين في صدق قبض المنفعة وعدمه مع تملك كل منهما الأجرة بالعقد ـ شهادة أيضاً على ماقويناه : من كون القبض من مقتضيات العقد في سائر عقود المعاوضات .

الأمر الثاني - لو كان المبيع بعضاً من جملة معينة : فاما أن يكون معبراً عنه بأحد الكسور التسع كالنصف والثلث والربع - مثلا - من صبرة معينة ، أو يكون معبراً عنـــه بمقدار مخصوص وزناً أو كيلا كوزنة منها أو قفيز .

فان كان الأول ، كان المبيع مشاعاً ، ويتحقق قبضه بقبض الجميع ضمناً . فاذا تلف الكل بعد قبضه كان من ضمان المشترى ، لأنه تلف بعد قبضه ، ولو تلف بعضه كان التالف منهما بالنسبة .

وان كان الثاني ، ففي تحقق قبضه بقبض الجميع ليتخير منه اشكال ينشأ : من الابهام وعدم تعين المبيع إلا بعد تعيينه ، فلم يكن مقبوضاً بعنوانه ، ومن انحصاره في المعين الخارجي فلا يخرج عن كونه مقبوضاً بقبض الجميع . فعلى الأول ، لو تلف الجميع انفسخ العقد وكان من ضمان البائع لأنه من التلف قبـــل القبض بالفرض ، ولا ينفسخ لو تلف بعضه إن كان الباقي بمقدار المبيع ، ولا ينفسخ على الثاني مطلقاً وان تلف جميعه لكونه بالفرض من التلف بعد القبض الموجب لانتقال الضمان به من البائع الى المشترى .

الامر الثالث - لو كان المبيع كلياً في الذمة ، فدفع الى المشترى اكثر من حقه مقداراً أو مصداقاً ليتخير منه ، ففي تعيّن الحق فى المدفوع لكون التعيين بيـــد المديون - وقد عينه في الجملة - وان كان يعدّ مبهماً فيه ، وعدمه : وجهان : وعلى الاول - ففي حصول قبضه بقبض المجموع لاشتماله عليه ، وعدمه لابهامه بعدُ - بالفرض : الاشكال المتقدم : وحكم مالو تلف جميعه في يده - من حيث كونه من ضمانه أو من ضمان البائع - يعرف مما تقدم :

هذا ، ويحتمل تنزيل ذلك على الاشاعة بعد فرض التعيين في المدفوع

فيكون مقبوضا بقبض الجميع ، كما صرحت به رواية محمد بن مسلم في الضعيف عن الباقر - عليه السلام - قال : « سألته عن رجل اشترى من رجل عبداً وكان عنده عبدان ، فقال للمشتري : اذهب بهما ، فاختر أيهما شئت ورد الآخر ، وقد قبض المال فذهب بهما المشتري فأبق أحدهما من عنده ؟ قال : ليرد الذي عنده منهما ويقبض نصف الثمن مما اعطى من البائع ، ويذهب في طلب الغلام فان وجده ، اختار ايهما شاء ، ورد النصف الذي أخذ ، وان لم يجد كان العبد بينهما نصفه للبائع ونصفه للمبتاع » (١) ونحو ذلك خبر السكوني عن الصادق - عليه السلام - (٢)

والمبيع في الخبر محمول على كلي في الذمة موصوف بما ترتفع به الجهالة ، وكل من العبدين مصداق لما ينطبق عليه المبيع الكلي ، وإلا فأحد العبدين لو كان مبيعاً لبطل العقد لابهامه .

إلا أن الروايتين - مع ضعف سندهما (٣) وعدم معلومية الجابر لهما - وان نسب الشهيدان في (الدروس ، والروضة) الى الأكثر العمل بهما ،

---

(١) سند الرواية - كما في الوسائل كتاب التجارة ، أبواب بيع الحيوان ، باب ١٦ حكم من اشترى عبداً ... هكذا : محمد بن يعقوب عن علي بن ابراهيم عن أبيه عن ابن أبي حبيب عن محمد بن مسلم عن أبي جعفر (ع) ... الخ

(٢) وسنده - كما في الوسائل نفس الباب الآنف - هكذا : عن الصفار عن علي بن ابراهيم عن هاشم عن النوفلي عن السكوني .

(٣) ولعل الضعف المشار اليه في المتن من جانب ابن أبي حبيب ، وهو بكر - في الرواية الأولى - فقد ذكره الشيخ في (رجاله - في أصحاب الصادق عليه السلام -) ولم يوثقه . وأما النجاشي فلم يذكره في كتاب رجاله . ومن جانب السكوني ، وهو اسماعيل بن أبي زياد ، في الرواية الثانية حيث لم يرد فيه من الشيخ والنجاشي توثيق بل ذكراه في كتابيهما بلا تعرض لذلك .

إلا أن غير واحد أنكر النسبة المذكورة - واضطراب متنيها - : فيها إشكال من وجوه :

الأول - أن ظاهرها تعين الكلي في الذمة في العبدين المقبوضين بتعيينه فيها ، مع أن تشخيص مافي الذمة في الكلي الخارجي في حيز المنع .

الثاني - انها صرحت بالاشاعة الموجبة لكون ملك المشتري نصفاً من كل من العبدين ، ومقتضاها عدم استرداد نصف الثمن لكون المبيع مقبوضاً بجملته في ضمن الكل ، فالتالف منها ، وتلف حقه فيه من ضمانه لأنه من التالف بعد القبض ، والموجود لهما ، وحقه فيه مقبوض له موجود عنده فلا وجه لاسترداد نصف الثمن .

الثالث - أنها حكمت باسترداد نصف الثمن ، وهو ينافي الاشاعة وموجب لعدمها ، وعليه فيتعين حقه في الموجود من العبدين لخروج التالف عن قابلية تشخص المبيع فيه ، كبيع صاع من صبرة معينة ، فان المبيع ينحصر في الباقي منها ، وان كان صاعاً واحداً والتالف كله من البائع ، وهو مناف لذيل الخبر ، وهو قوله عليه السلام : « وكان العبد بينهما نصفه للبائع ونصفه للمبتاع » الصريح في الاشاعة وكون التالف منهما والموجود لهما .

الرابع - على الاشاعة ينافي رجوع التخيير بعد وجدان الآبق إلا بجعل الاختيار كالقسمة ، وهو ممنوع ؛

ومن ثم لم يعمل بهما اكثر المتأخرين ، حتى أن صاحب الحدائق رجع في المسألة الى مانقتضيه القواعد بعد طرح الخبر من جهة المخالفة لها.

اللهم الا أن يتكلف في الجواب عن ذلك كله : أما عن الاول فيمنع امتناع تشخص مافي الذمة في الكلي الخارجي - مطلقاً - بعد أن كان التعيين بنظر المديون فكما له التعيين في ضمن فرد ، له التعيين في

ضمن أفراد مخصوصة مدفوعة له بعنوان الوفاء ، مخير إياه في التعيين منها.

وأما عن الثاني ، فلتنزيل الإبهام في الافراد المخصوصة منزلة الاشتباه أو المزج الرافع للتميّز في كونه موجباً للشركة الموجبة للتملك بالاشاعة وعليه فنصف الآبق ، وإن تملكه المشتري وكان مقبوضاً له ، إلا ان تلفه من ضمان البائع بعد أن كان الخيار في التعيين للمشتري ، إلحاقاً له بتلف المبيع في مدة الخيار ، فانه من ضمان من لاخيار له ـ وهو هنا البائع ـ

ولا يقدح الفرق بينهما بأن الخيار هنا في تشخيص المعقود عليه وهناك في لزوم أصل العقد بعد وجود المناط من عدم الاستقرار على من له الخيار ، كما صرح به هناك في (السرائر) أوتنزيله على الاء باق في في الثلاثة ، فيكون من خيار الحيوان .

وبذلك ينقدح الجواب عن الثالث : من عدم منافاة استرداد نصف الثمن للاشاعة بعد ظهور الوجه فيه من كونه في ضمان البائع وان كان مقبوضاً للمشتري .

وأما عن الرابع ، فرجوع التخيير بعد وجدانه مبني على ماهو الحق كما حقق في محله ـ : من كون الشركة حكمية لاحقيقية ، فلا يخرج بمزج المالين كل منهما عن ملك مالكه ، وان جرت عليه احكام الشركة الحقيقية من جهة المزج والاشتباه . ولذا لو تميزا بعد رفع التميّز ارتفع حكمها واختص كل منهما بمالكه .

لكن مع ذلك كله : الأقوى طرح الرواية ، والعمل بما تقتضيه القاعدة : من تعين الحق بالموجود من العبدين بعد تحقق القبض الوفائي بقبضهما ان قلنا به . وعدم استرداد شيء من الثمن وكون التالف من ملك البايع ، وفي كونه مضموناً على المشتري لعموم « على اليد » وإلحاقه بالمقبوض بالسوم ، بل لعله أقرب منه لتحقق البيع ـ هنا ـ وانطباق المبيع الكلي

عليه وتشخصه فيه بعد الاختيار ، ولم يتحقق بعد في المقبوض بالسوم ، وعدمه بناء على اختصاص دليل اليد برد المأخوذ بنفسه . ورد بدله بعد تلفه مستفاد من دليل آخر : واختصاص دليل ضمان المقبوض بالسوم بالاجماع المحكي المفقود في المقام - :

وجهان ، بل قولان : ولعل الآخر هو الأقوى ، وان قلنا بعموم « على اليد » لخروج يد الأمانة عنه ، والتالف بيد المشترى أمانة لكونه مدفوعاً اليه من المالك .

والأولوية من المقبوض بالسوم ممنوعة : أولا - لما قيل من الفرق بين المقامين ، فان المقبوض بالسوم مبيع بالقوة بما يؤول اليه ، وصحيح البيع وفاسده مضمون بخلاف صورة الفرض لأن المقبوض ليس كذلك لوقوع البيع سابقاً ، وانما هو محض استيفاء حق اولأن المقبوض بالسوم يحصل بمطالبة المشترى ، وهنا يدفع البايع من دون سبق المطالبة به : وثانياً - لو سلمت فهي أولوية ظنية لامعول عليها ، بل لعل الحكم بالأمانة - هنا - اولى بالحكم بها فيما لو باع ديناراً بدينار موصوفين في الذمة ، فدفع أحدهما الى الآخر مايزيد عليه فانه لم يتشخص الزائد المدفوع ثمناً أو مبيعاً وعليه إبداله حيث حكموا بكون مافي يده أمانة لم يضمنه لو تلف قبل رده بغير تعد وتفريط من غير فرق بين صورتي تعمد الدافع وغفلته ، إلا في كون المدفوع على الأول - أمانة مالكية وعلى الثاني أمانة شرعية ، بل في (المسالك) دعوى الاتفاق على كونه أمانة في الأول :

الأمر الرابع - ماذكرنا إنما هو فيما اذا كان التلف بنفسه . وأما اذا كان بتسبيب ، فاما أن يكون باتلاف المشتري ، أو البائع ، أو الاجنبي :

فان كان من المشترى ، فاتلافه بمنزلة قبضه فيكون من ضمانه مالم يكن مغروراً لوقوع الاتلاف منه على ملكه . كما لو اتلف ماله المغصوب

في يد الغاصب الموجب لخروجه عن الضمان . ولعل التفصيل بين الغرور وعدمه هو مراد الشيخ فيما حكي عنه من التفصيل بين صورتي علم المشتري وجهله .

وان كان الاتلاف من البائع ففي ضمانه بالمسمى لاقتضاء العقد ذلك من غير فرق بين الاختيار وعدمه إلا في الاثم وعدمه ، أولصدق التلف. وان كان بالاختيار فيكون مشمولا لاطلاق مادل على كونه من مال البائع ، وان اثم بالاختيار ، أو بالمثل والقيمة بناء على انصراف التلف في الدليل المخرج له عن القاعدة الى ماكان بنفسه ، أو تخيير المشتري بين تضمين البائع بالمسمى أوبالمثل لوجود سبب كل من الضمانين الموجب للخيار في اختياره الاخذ بأيهما شاء .

أقوال . والأول - هو الأقوى على المختار ، والثاني - قوي إن قلنا به على خلاف القاعدة ، وفي الثالث - نظر [1].

(١) الظاهر : أن قاعدة التلف قبل القبض وكونه موجباً لانفساخ المعاوضة ورجوع كل عوض الى مالكه الأصلي ، أجنبية عن مورد الاتلاف وانما هي مختصة بالتلف ، وما هو بمنزلته ، كغصب الظالم له - مثلا - بنحو لايرجى عوده ، والسرقة مع عدم معرفة السارق ، ونحو ذلك ولا فرق في ذلك بين القول بكونها ثابتة بالتعبد على خلاف القاعدة ، وبين كونها على طبقها .

توضيح ذلك : أنه بناء على أن القاعدة الأولية بعد انتقال كل من العوضين الى ملك مالك العوض الآخر بالعقد تقتضي ضمان كل من المتعاقدين لصاحبه لو تلف ما انتقل منه اليه قبل القبض : البدل الواقعي من المثل أوالقيمة ، وكون الضمان ضمان اليد ، لعموم دليله باعتبار أن كلا من =

. . . .

= المتعاقدين بعد العقد ماتحت يده ملك لطرفه فيضمنه له بعوضه الواقعي إن لم نقل بكون يده يد أمانة ولعله الأقرب ، فان يده بعد العقد على المال أمانة شرعية يلزمه تسليمه لمالكه فى أول أزمنة الامكان . وعلى كل لو كان ضامناً ، فضمانه ببدله الواقعي متوقف على كون المال عند تلفه ملكاً لطرفه ليضمنه له بمثله أو قيمته .

ولما كان مفاد (النبوي) وخبر عقبة ابن خالد : كون المبيع عند تلفه قبل القبض من مال البائع ، ومقتضاه أن ضمانه معاوضي ، وانه مضمون على ذي اليد بعوضه المسمى في العقد ، وكون تلفه موجباً لانفساخ المعاوضة وعود كل عوض الى ملك مالكه الأصلي .

فلا بد من الخروج عن القاعدة وتخصيص عموم « على اليد » بالنبوي والخبر ـ على ما أفاده سيدنا قدس سره ـ ولكن لما كان ظاهر الدليل المخرج لمورده عن القاعدة : كون تلف المبيع أو ماهو بمنزلته بلا اختيار من البائع ، فلا يشمل صورة الاتلاف له ، وعليه فيضمنه بالاتلاف ببدله الواقعي ، سواء قلنا إن يده على المال بعد العقد يد ضمان اويد أمانة .

ولا إشكال فى ذلك . إنما الكلام لو قلنا : بأن القاعدة تقتضي كون كل من المتعاقدين ضامناً لصاحبه بعد العقد ضمانا معاوضياً ، وكون ماتحت يده من ماله مضموناً بعوضه المسمى الذي مقتضاه انفساخ المعاوضة عند عدم إمكان تسليم المال لطرفه فهل القاعدة المذكورة مختصة بالتلف وما هو بمنزلته أو أنها تعم صورة الاتلاف له ايضاً بلا فرق بينهما سوى الاثم في صورة الاتلاف الاختيارى ، كما قواه سيدنا حيث قال : « والأول هو الأقوى على المختار » ومراده بالأول : كون الضمان بالمسمى بلا فرق بين التلف الاختياري وغير الاختياري ، ومراده بقوله « على المختار » هو

. . . .

القول بكون الضمان المعاوضي المقتضي لانفساخ المعاوضة عند عدم إمكان التسليم على طبق القاعدة ، لاعلى خلافها لنص أو إجماع ، ليختص بالتلف وما هو بمنزلته ، ولا يشمل صورة الاتلاف :

هذا ، ولكن الظاهر اختصاص الضمان المعاوضي المقتضي للانفساخ عند عدم امكان التسليم بالتلف ونحوه سواء قلنا : إنه على القاعدة أو على خلافها لنص أو اجماع .

توضيحه : إن العقد المعاوضي بين المتعاقدين بما أنه مقتض لنقل كل منهما ما يملكه لطرفه بعوض ما يتملكه منه الذي هوا لمدلول المطابقي للعقد ، كذلك هو مقتض ومتضمن لالتزام كل منهما تسليم ما انتقل عنه لطرفه عند تسلم عوضه منه حيث ان كلا من المتعاقدين كما التزم لطرفه بجعل ماهو مملوك له تحت سلطنته المطلقة الاعتبارية الذي هو مرجع الملكية أولازمها ، عوضا عما هو مملوك لطرفه المجعول تحت سلطنته المطلقة الاعتبارية أيضا كذلك التزم له بجعله تحت سلطنته الخارجية عند تسلطه الخارجي على عوضه .

فليس مقتضى العقد المعاوضي مجرد التبادل بين العوضين في عالم الاعتبار فقط ، بل ذلك وما يلزمه من جعل كل منهما مكان الآخر خارجا ، وتسليمه لمالكه بالعقد ، ومقتضى ذلك أنه لو تعذر عليه التسليم لتلف ماملكه طرفه منه أو ماهو بمنزلة التلف من ذهاب مناط ماليته انفساخ عقد المعاوضة وعود كل من العوضين الى ملك مالكه الأصلي ، لكون عقد المعاوضة مع امكان الالتزام بما يقتضيه يبقى ويصح ، ومع عدم الامكان ينفسخ ويبطل

لايقال : تعذر التسليم لا يقتضي الإنفساخ بل غايته الخيار والتسلط على الفسخ .

. . . .

لأنا نقول : إنما يتجه الخيار مع إمكان التسليم وكون تعذره عارضاً يمكن زواله كالاباق والسرقة مع رجاء العود . أما مع عدم بقاء صلاحية التسليم للتلف وما هو بمنزلته فلا معنى للخيار مع بطلان العوضية وامتناع الوفاء بما يقتضيه العقد بمدلوله الالتزامي من تسليم ماوقع العقد عليه .

لايقال : امتناع الوفاء بمقتضى العقد وتسليم ماوقع عليه لايقتضى البطلان وانفساخ العقد ، اذ يمكن إبقاء صحته بدفع مثل التالف أو قيمته واخذ بدله المسمى في العقد ، فتبقى المعاوضة ولا تنفسخ :

لأنا نقول : لوكان الالتزام الضمني والمدلول الالتزامي لعقد المعاوضة هو بدلية أحد العوضين خارجاً عن الآخر على تقدير بقائه وأما مع تلفه فما يكون بدلا عن المسمى مثل التالف أوقيمته لاتجه ذلك ، وأمكن إبقاء صحته ، ولكنه واضح البطلان ، فان الذي يقتضيه عقد المعاوضة بدلية أحدهما عن الآخر بدلية مطلقة ، فمع خروج المعوض عن قابلية البدلية لتلفه أو ماهو بمنزلته لابد من خروج العوض عن مالك المعوض ، ودخوله في ملك مالكه الأصلي لاقتضاء المعاوضة ذلك :

هذا ، اذا كان عدم إمكان تسليم ما انتقل منه الى من انتقل اليه لتلفه أو ماهو بمنزلته بأن كان التلف بلا اختيار من الضامن : وأما اذا كان باختيار منه باتلافه او ما بحكمه من إذهاب ماليته فانه لاموجب للانفساخ بذلك والضمان المعاوضي الذي يقتضيه عقد المعاوضة لايوجبه بل يختص بالتلف ونحوه ، فان اللزوم المستفاد من آية « أوفوا بالعقود » ليس مفاده محض تكليف المتعاقدين بلزوم تسليم ماوقع العقد عليه لمالكه بالعقد وحرمة إتلافه عليه ، بل مفاد ذلك نفوذ العقد عليهما وسلب سلطنة كل منهما على حله وإبطاله ، بمعنى عدم تأثير مايختاره من الشاء فسخ العقد

. . . .

أو اتلاف متعلقة في إبطال العقد وانفساخه :

وعليه ، فيلزم كلا منها عند اتلاف متعلقه دفع مثله أو قيمته لطرفه وأخذ العوض منه .

نعم ، لايبعد ثبوت الخيار للطرف بين فسخ المعاوضة واعادة العوض الى ملكه ، وبين امضائها وقبول البدل الواقعي من المثل أو القيمة ، فانه إنما التزم بكون مايملكه عوضاً عن نفس العين التي أتلفها البائع ، ولم يكن التزامه بكونه عوضاً للاعم من العين ومن بدلها الواقعي .

والحاصل : إن مااختاره سيدنا : من الفرق بين كون الضمان المعاوضي المقتضي للانفساخ بتلف أحد العوضين قبل القبض مستفاداً من النص على خلاف القاعدة ، وبين كونه على القاعدة ، وأنه على الأول خاص بالتلف وما هو بمنزلته بخلافه ـ على الثاني ـ أعني كونه على القاعدة ، فيعم الاتلاف غير واضح بل الاقوى عدم الفرق بين كونه مستفاداً من النص وبين كونه على القاعـدة في كونه خاصاً بالتلف وما هو بمنزلتـه ولا يشمل صورة الاتلاف .

وعليه ، فالاتلاف : ـ تارةً ـ يكون ممن انتقل المال منه ، واخرى ـ يكون ممن انتقل اليه ، وثالثة ـ يكون من الاجنبي :

ففي الصورة الأولى ، ذكرنا أنه مضمون على الناقل بالبدل الواقعي مع عدم استبعاد ثبوت الخيار للمضمون له بين فسخ المعاوضة وإعادة العوض الى ملكه وبين امضائها ، وقبول البدل الواقعي من المتلف :

وفي الصورة الثانية ، يكون الاتلاف من المنقول اليـه بمنزلة قبضه مالم يكن مغروراً ، وأما مع الغرور كما اذا دعاه الناقل الى طعام وقـدم اليه الطعام المنقول اليه ـ ولم يعلمه بأنه الذي اشتراه منه فأكلـه بانيا على

. . . .

أنه ملك لمن دعاه بذل له تبرعاً فالظاهر عدم كون إتلافه باكله بمنزلة قبضه ما اشتراه منه ، بل يضمنه له البايع الغار .

وان استضعفه شيخنا في (الجواهر) حيث قال في شرح قول المصنف (واذا تلف المبيع قبل تسليمه الى المشتري كان من مال البايع) : «والظاهر أن اتلاف المشترى بمنزلة القبض سواء كان عالماً أو جاهلا للأصل السالم عن معارضة الخبر المنساق منه غير الفرض بقرينة ظهوره في إرادة الارفاق بالمشتري ، واحتمل الشافعي عدم كونه بمنزلة القبض في الاول ، فضلا عن الثاني ، بل في (التذكرة) : هذا اذا كان المشترى عالماً أما اذا كان جاهلاً بأن قدم البايع الطعام المبيع الى المشتري فأكله فالاقرب انه ليس قبضا وأنه كاتلاف البايع وهو كما ترى» انتهى :

ولكنه في كتاب الغصب قال - قدس سره - ولو غصب مأكولا - مثلا - فأطعمه المالك بان قال له : هذا ملكي وطعامي ، أو قدمه اليه ضيافة او نحو ذلك مما يتحقق به الغرور منه ، اوشاة فاستدعاه وذبحها مع جهل المالك ضمن الغاصب بلا خلاف ولا اشكال ، وان كان المالك المباشر للاتلاف ، ولتسلم المال الا أنه ليس تسليما تاماً يتصرف به المالك تصرف الملاك في أملاكهم على انه مال له » انتهى :

هذا ولم يتضح وجه الفرق بين البابين وتضعيفه ماقربه العلامة - قدس سره - في التذكرة - : من عدم كون تقديم الطعام المبيع الى المشتري المأكول له في ظرف جهله وغروره بكونه الذي اشتراه من البايع قبضاً له وانه بمنزلة إتلاف البايع ، مع التزامه - قدس سره - بنظيره في غصب الطعام وأنه ليس تسليما تاماً للمغصوب من حيث أن تصرف المالك باكله في ظرف جهله بكونه المغصوب منه لم يكن بما هو مال له بل بما هو

لوجوب إلغاء أحد السببين المتضادين في الأثر عند اجتماعهما عن السببية ، فان التلف أثره انفساخ العقد وحله الموجب لضمانه بالمسمى ، والاتلاف أثره الضمان بالمثل أو القيمة ، وهو مبني على بقاء العقد ولزومه فأما أن لايكون التلف المسبب عن الاتلاف سبباً للضمان بالمسمى أولايكون الاتلاف المسبب بالكسر للتلف سبباً للضمان بالمثل والقيمة .

والتعليل له ـ أيضا ـ بعد انصراف الدليل الى التلف بنفسه بتعذر التسليم الموجب للخيار بين الفسخ فيرجع عليه بالمسمى ، والقبول فيرجع ببدله الواقعي .

عليل لأن التعذر المسبب عن التلف لم يثبت سببيته للخيار ، وان قلنا به في بيع الضال ونحوه . وخبر الضرار بدفعه ماوضعه الشارع من الضمان بالبدل الواقعي لمن اتلف مال غيره :

ويجري ماذكرنا ـ هنا ـ من الأقوال الثلاثة ومستندها حرفاً بحرف

للغاصب ، قدمه اليه تبرعاً وضيافة فلم لم يلتزم في باب البيع بما التزم به في الغصب مع كون الملاك واحداً ، فكما لم يكن اكل المالك لطعامه المغصوب في ظرف جهله اداء له ، فينبغي ان يكون كذلك في قبض المبيع فان الاداء والقبض مرجعها الى وصول المال الى مالكه لابما هو هو بل بما هو مال له :

وعلى كل فالأظهر فيما نحن فيه تخيير المشتري بين فسخ المعاوضة واسترجاع عوضه وذهاب المبيع من مال البايع ، وبين امضائها وتغريم البايع بالمثل او القيمة .

وفي الصورة الثالثة يتخير المنقول اليه بين فسخ المعاوضة والرجوع بالعوض على الناقل فيرجع الناقل ببدل العين الواقعي على من اتلفها وبين امضائها والرجوع على المتلف بالبدل الواقعي من المثل او القيمة .

فيما لو كان الاتلاف من الأجنبي ، غير أن وجه القول بالتخيير فيه أقوى بل نسب القول به فيه الى الأشهر - بل المشهور ، بل في (الجواهر) : ظاهرهم الاتفاق عليه (١) وهو ممنوع جداً .

الأمر الخامس - لو حصل للمبيع قبل التلف نماء ، فهو عند غير الشيخ للمشتري ، لأنه نماء ملكه بعد أن كان الأصل منتقلا اليه بالعقد والانفساخ إنما هو من حين التلف ، وقاعدة تبعية النماء للاصل في الملك تقضي بذلك ، بل أرسل اكثر من تعرض للفرع هنا ذلك إرسال المسلمات إلا أن الشيخ في (المبسوط) حكم بأن نماء المبيع المردود بخيار العيب قبل القبض للبائع ، مستدلا عليه بحديث « الخراج بالضمان » مفسراً للخراج بالفائدة ، والضمان بمن يكون المال يتلف من ملكه ، والأصل قبل القبض في ضمان البائع ، فالخراج اه (٢)

وكلامه - وان اختص بالذكر بالمبيع المردود بالخيار - إلا أن التعليل بالخبر يعم المقام .

قلت : المراد بالضمان في الحديث ضمان تكفل ، لاضمان غرامة ، فالمبيع يدخل في ضمان المشترى بالعقد بالمعنى الأول ، وهو الى القبض في ضمان البائع بالمعنى الثاني . ولا منافاة بين الضمانين .

وتنقيح المسألة : هو ان الملكية ربط بين المالك والمملوك ربط إضافة ونسبة ، فكل منهما مربوط بالآخر ، غير أن أثر الربط في المالك سلطنته على المملوك ، فله أنحاء التصرف فيه ، وهو غنمه منه وفي المملوك : دخوله في عهدة المالك ، فعليه غرمه من حيث حفظه وإصلاحه ، بحيث لو كان

---

(١) راجع : متاجر الجواهر ، كتاب البيع ، الفرع الرابع ، في شرح قول المحقق : اذا تلف المبيع قبل تسليمه الى المشتري كان من مال البائع .

(٢) راجع : كتاب البيوع ، من المبسوط فصل في أن الخراج بالضمان .

حيواناً لكان عليه نفقته ، لأن (من له الغنم فعليه الغرم) .

ويشهد لما ذكرنا - من تفسير ضمان المال بتكفله من كلام أهل اللغة - ما قاله محمد بن مكرم بن منظور الانصاري الافريقي في كتابه المسمى : (لسان العرب) : « الضمين الكفيل ، ضمن الشيء ، وبه ضمناً وضماناً كفل به ، وضمنه إياه كفله » إلى أن قال في كلام لأبي عبيد في تفسير حديث (الضامنة من النخل) - : « ماتضمنتها أمصارهم ، وكان داخلا في العمارة ، وأطاف به سور المدينة ، قال أبو منصور : سميت ضامنة ، لأن أربابها قد ضمنوا عمارتها وحفظها ، فهي ذات ضمان ، كما قال الله عز وجل « في عيشة راضية » أي : ذات رضى ، والضامنة : فاعلة بمعنى : مفعولة وفي الحديث : (الامام ضامن ، والمؤذن مؤتمن) أراد بالضمان - هنا - : الحفظ والرعاية ، لاضمان الغرامة لأنه يحفظ على القوم صلاتهم ... » انتهى (١)

فاذا كان ضمان المبيع بهذا المعنى على المشتري ، كان خراجه له لأن الخراج بالضمان ، فيكون الخبر موافقاً لقاعدة تبعية النماء للاصل في الملك ، بل هو من أدلتها ، ولا ينافي ماذكرنا خروجه عن ملك المشتري بالانفساخ عند التلف وكونه من البائع تقديراً فافهم (٢).

(١) راجع : ذلك باقتضاب في (مادة ضمن) من الكتاب .

(٢) توضيح ذلك : أن المراد بالخراج في الحديث : الفائدة وما يتحصل من الشيء كنمائه ومنفعته ، وبالضمان : معناه المصدري ، وهو جعل الضامن ما ضمنه بعهدته بالتزام عوض للمضمون له بازائه وتعهده به ، وباء الخبر الداخلة على لفظ الضمان للعوضية والسببية فمفاد الحديث الشريف : أن خراج المضمون وفائدته للضامن بدلا عن ضمانه المعاوضي أو بسببه .

ثم انه لاكلام في أن خراج المبيع الحاصل بعد قبض المشتري له ملك =

الأمر السادس ـ صرحوا بأن النماء المتجدد قبل التلف بيد البائع أمانة لم يضمنه بغير تعد وتفريط ، وهو كذلك ، لأن الضمان باليد ماكان مسبوقاً بملك الغير ، لا ما كان سابقاً على حدوثه ، كما هو صريح جعل الأخذ صلة للموصول في حديث « على اليد » فاليد عند حدوث الملكية

= للمشتري ، كما أنه لا اشكال فيأن الخراج الحاصل بعد فسخ المعاوضة ورجوع المبيع الى ملك البايع ملك له ، إنما الكلام فيما حصل من الخراج مابين العقد وبين قبض المشترى المبيع أو فسخه العقد بالخيار قبله ، فهل هو ملك للمشتري باعتبار تعهده بالمبيع بجعل عوض للبايع بازائه والتزامه بتبعاته كنفقتـــه لو كان حيوانا وجناياته فيما لو كان عبداً ، وكون الغرض المهم من اقدامه المعاوضي كون الخراج له ، فمناسبة الحكم للموضوع تقتضى كونه المالك له ، أو أن الخراج للبايع باعتبار أن الأصل قبل القبض في ضمان البايع وكون تلفه من ملكه فخراجه له .

هذا ولكن الظاهر انه لاينبغي الاشكال في كون المشتري هو المالك للخراج قبل القبض لكون ضمانه المبيع للبايع بعوضه المسمى المقتضى لملكية خراجه ، انما هو بأصل المعاوضة والعقد الواقع بينهما ، وأماضمان البايع المبيع للمشتري بعوضه المنتقل منه اليه بالعقد الثابت بالتعبد اوللشرط الضمني فيالعقد فانما هو فرع وتبع للضمان الحاصل باصل العقد .

وبالجملة فان فعلية ضمانالمشترى المبيع للبايع بعوضهالمسمى المقتضىلملكية خراجهإنما هو بنفسالعقدالمعاوضى بينهما،وفعليةضمانالبايع المبيع للمشتري بالمسمى المنتقل منه اليه بالعقـــد انما هو بانفساخ العقد بتلف المبيع قبـل القبض ، وغاية مايقتضيه الانفساخ عودكل من العوضين الى مالكه السابق على العقد . وأما ملكية البايع خراج المبيعالحاصل قبلتحقق الانفساخ وبطلان ملكية المشترى له المستفادة من قاعدة كون الخراج بالضمان فهو بلا موجب . اللهم إلا أن يقال : إن انفساخ المعاوضة بطلانها من أصلها ، ولكنه خلاف التحقيق ، فتأمل جيداً .

يد أمانة لايخرج منها الى الضمان إلا بتعد ونحوه .

ومنه يعلم : أن الضمان - هنا - من ضمان المعاوضة لامن ضمان اليد .

توضيح ذلك : أن المبيع مع قطع النظر عن كونه مضموناً باقتضاء العقد على المختار ، أوبحديث « كل مبيع تلف ... » الخ على القول الآخر فمقتضى القاعدة أن يكون أمانة عند حدوث الملكية لخروجه عن مصب حديث « على اليد » لما عرفت . ولا يخرج عنها إلا بتبدل عنوان اليد بأحد أسباب الضمان ، ولا دليل سواه يقضي بكون الأصل في اليد : الضمان مطلقاً - غير أن ضمانه بالمسمى ثابت : أما باقتضاء العقد ، أو بحديث « كل مبيع . . . » وأما نماؤه ، فلما لم يكن من المبيع ، لم يتعلق به مايوجب الضمان من اقتضاء العقد ، أو الحديث ، والمفروض عدم شمول دليل اليد له ، حتى يكون مضموناً عليه باليد بعد فرض تبعيته للاصل فيما تقتضيه القاعدة الأولية ، لاجرم كان بيد البائع أمانة لم يضمنه بغير تعد وتفريط .

الأمر السابع - يلحق بالتلف الظاهر في الملكة ، ماكان بحكمه مما يوجب تعذر التسليم كالسرقة والضياع والغصب المتعذر استخلاصه من الغاصب على المختار ، لوجود المناط الموجب لحل العقد وانفساخه من عدم تمامية مقتضاه : وفي لحوقه به على القول بمخالفته الأصل - للنص على السرقة في خبر عقبة بن خالد ، المحمولة فيه على المثال أو عدمه ، لضعف الخبر وعدم معلومية الجابر له في هذا الخصوص ، أو يفصل بين السرقة ، كما في الخبر ونحوها - مما لايمكن الرجوع على من فعله ، لمجهوليته - وبين الغصب مما كان معلوماً يمكن الرجوع به بالغرامة ، فيلحق الأول بالتلف في حكمه المخالف للقاعدة ويرجع في الثاني الى ماتقتضيه القواعد - وجوه

أظهرها التفصيل لما عرفت [١] .

الأمر الثامن ـ قد عرفت أن سبب انفساخ العقد وحله إنما هو التلف قبل القبض ، فلو شك بعد تحقق التلف في كونه من التلف الموجب للانفساخ وعدمه ، واو للشك في كونه من التلف قبل القبض أو بعده فربما يتوهم فيه الحكم بلزوم العقد للشك في عروض الفاسخ له أوفاسخية العارض ، إلا أنه توهم فاسد ، لأن الشك فيه مسبب عن حصول القبض وعدمه ، لعدم تعقل القبض بعد التلف ، وإصالة عدم تحقق القبض محكمة على إصالة ازوم العقد واستصحاب بقائه ، ولا يتوهم أن إصالة عدم القبض لاتثبت عنوان كون التلف قبل القبض ، والسبب إنما هو التلف المعنون بعنوان القبلية على القبض لابعدم القبض بعده لأن القبلية بالنسبة الى بعدية الغير له غير معقول هنا ، لأن القبض بعد التلف من قبض المعدوم ، وهو محال ، فلا جرم كان معنى تلفه قبل القبض تلفه بلا قبض [٢]

(١) بين مثال السرقة والضياع فيلحق بالتلف في الحكم بالانفساخ ، وبين مثال غصب الظالم المتعذر استحصال المغصوب منه فيلحقه حكم تعذر التسلم بعد العقد فيتخير المشتري بين الفسخ والرجوع بالمسمى على البايع فيضمن الغاصب ماغصبه للبايع ، وبين الامضاء والرجوع بالمغصوب او ببدله من المثل أو القيمة مع تلفه على الغاصب ، فافهم :

(٢) محصل ماذكره ـ قدس سره ـ: أن سبب انفساخ العقد وحله هو تلف المبيع قبل قبضه ، فلو تحقق التلف وشك في كونه موجبا للانفساخ للشك في حصوله قبل القبض الموجب للانفساخ أو بعده مما لايوجبه ، فربما يحكم بلزوم العقد للشك في وجود الفاسخ او فاسخية الموجود وهو اتصاف التلف بكوله قبل القبض والأصل لزوم العقد وعدم عروض الفاسخ ، أوفاسخية العارض له. هذا ولكن الأصل المذكور مسبب عن الشك في حصول قبض المبيع وعدمه ، والاصل =

الامر التاسع ـ استثنى بعض الأصحاب كالمفيد في (المقنعة) على ماحكي عنه ، والسيد في (الانتصار) وسلار في (المراسم) [١] من الكلية المتقدمة : مالو تلف المبيع قبل القبض في الثلاثة التي يثبت فيها خيار التأخير فذهبوا إلى كونه في ضمان المشتري وبعد الثلاثة من ضمان البائع ، لأنه ملكه بالعقد ، وكان التأخير لمصلحته ، بل في (الانتصار) وعن الغنية دعوى الاجماع عليه [٢].

= الجاري في الشك السببي حاكم على الأصل الجاري في الشك المسببي ، فاصالة عدم تحقق قبض المبيع محكمة على إصالة اللزوم واستصحاب بقائه . (وتوهم) أن موضوع الانفساخ اتصاف التلف بكونه قبل القبض وإصالة عدم القبض لاتثبت العنوان المذكور : (أعني كون التلف قبل القبض) الا بالاصل المثبت الذي لا نقول به (مدفوع) بأن قبلية التلف للقبض بالنسبة الى بعدية القبض له غير معقول هنا فانه بعد التلف من قبض المعدوم فلابد من كون معنى تلف المبيع قبل القبض الذي هو موضوع الانفساخ تلفه بلاقبض المشتري له بمعنى ان موضوع الانفساخ مركب من جزئين تلف المبيع وعدم قبض المشتري له فاحد جزئي الموضوع ـ وهو التلف ـ حاصل بالوجدان ، والجزء الثاني ـ وهو عدم قبض المشتري له ـ مجرى الأصل ، فافهم .

(١) كتاب المراسم لسلار ، طبع في ضمن (جوامع الفقه) بايران .

راجع ذلك في أول كتاب المكاسب منه ، ذكر الأول : لايمضي بيع إلا في ملك البائع .

(٢) راجع ـ من الانتصار ـ : كتاب البيع والصرف والربا ـ مسألة ٦ ـ قوله : ومما انفردت به الامامية أن من ابتاع شيئاً معيناً بثمن معين ولم يقبضا ـ الى قوله ـ « دليلنا على صحة ماذهبنا اليه الاجماع المتردد » ومن الغنية : كتاب البيع فصل فيما يتعلق بالبيع من الأحكام خلال قوله : « واعلم ان من حكم البيع =

ونسب الى (الوسيلة) [١] وأبي الصلاح الحلبي : التفصيل بين مالو عرض البائع المبيع ، فلم يتسلم المشتري ، فهو من ضمانه ، وعدمه ، فمن ضمان البائع .

قلت : ليس التفصيل بين عرض البائع المبيع وتمكينـــه من التسليم للمشتري ، وعدمه ، قولا في أصل المسألة ، بل لعله من التلف بعد القبض بناء منهم على تحقيق القبض بذلك ، موضوعاً أو حكماً ، لا استثناء من الحكم بالتلف قبل القبض .

وأما التفصيل بين الثلاثة وبعدها .

فان استند أهل هـذا القول الى إجماعي (الانتصار) و (الغنية) فمع موهو نيتها باعراض الاكثر عنها ، معارض بالاجماع المحكي عن (الخلاف) المعتضد باطلاق النبوي وفتوى المعظم .

وان استندوا الى التعليل المتقدم ، ففيه مع أنه عايل في نفسه أنه غير مختص بالثلاثة ، بل يأتي فيما بعدها - أيضا - .

وان استندوا إلى قاعدة التلف في مدة الخيار المضمون على من لاخيار له ، والخيار هنا للبائع ، ففيه ، مع أنها مخصوصة بما اذا كان التلف بعد القبض ، كما يأتي [٢] وموقوفة على تقديمها - لو سلم شمولها لما قبله - على قاعدة التلف قبل القبض ، إذ النسبة بينهما - حينئذ - العموم من وجه : - أنه لافرق - حينئذ - بين الثلاثة وبعدها فى كونه في ضمان المشتري .

= وجوب تسليم المعقود عليه في الحال - الى قوله - : كل ذلك بدليل اجماع الطائفة .

(١) كتاب الوسيلة الى نيل الفضيلة طبع ضمن (جوامع الفقه) في ايران ذلك كتاب البيع منه ، فصل في بيان بيع الاعيان المرئية .

(٢) في تذييل الأمور المذكورة بعد العشرين منها .

بل لعل بعد الثلاثة أولى به منه فيها لأنه لاخيار في الثلاثة ، وانما يحدث بالتأخير بعدها .

الامر العاشر ـ لايسقط هـذا الضمان عن البائع باسقاط المشتري أو إبرائه ، لأن الانفساخ بالتلف حكم امضائي من الشارع لما تقارر عليه المتعاملان بعقـد المعاوضة ، فهو من أحكامها ، وليس من الحقوق حتى يمكن فيه دعوى السقوط بالاسقاط .

واو سلم كونه حقاً ، لأنه متعهد به وفي عهدته كغيره من الأعيان المضمونة على من هي في يده لدخولها في العهدة . غـير أن السلطنة هنا بالتلف على الرجوع بالمسمى ، وفي غـيره على الرجوع بالمثل أو القيمة ففيه ـ مع أن الرجوع هنا بالمسمى إنما هو لرفع البدلية عنه بالتلف ، لا لأخذه بدلا وعوضاً عن التالف ليكون حقاً ـ : أنه ليس من الحقوق التي تسقط بالاسقاط لو فرض أنه حق بعد أن كان الانفساخ ـ قهرياً ـ لما هو محقق في محله من أن الحق اذا كان الموجب له علة تامة لايسقط بالاسقاط ولا ينتقل بالنواقل لعدم جواز تخلف المعلول عن علته التامة .

هذا ، واو اشترط في العقد البراءة عنه ، احتمل ـ قوياً ـ حصولها لرجوع الاشتراط فيه الى كون مفاد العقـد المشروط بها صرف التمليك والتسليـط الاقتضائي ، بمعنى الاستحقاق ، دون التسليط الفعلي الـذي هو مفاد العقد المطلق ، ضرورة أن العقد المشروطة فيه البراءة عنه من الجانبين أو من أحدهما بالنسبة الى ضمان العوضين أو أحدهما مفاده مغاير للعقد المطلق لأن مفاد الأول هو مجرد التمليك بازاء التمليك بحسب الاقتضاء واستحقاق التملك منهما أومن أحدهما بحسب الشرط ، ومفاد الثاني هو التسليط الفعلي بازاء التسليط الفعلي ، فان الاقتضائية والفعلية اذا اجتمعتا اتحدتا في الوجود فلا يكون الشرط في الاول منافياً لمقتضى ذات العقد . وهذا لاينافي ماذكرنا

من كون التسليم من تمام مقتضى العقد ، فانه من مفاد العقد المطلق لا مطلق العقد . وبذلك ظهر الفرق بين الاشتراط في العقد والاسقاط بعده الذي لا أثر له بعد العقد اللازم العمل بتمام مقتضاه .

الحادي عشر - : ربما يستثنى من هذه الكلية صور :

منها - مالو أسلم عبد الكافر ، فانه يجبر على بيعه من مسلم ، فلو تلف أو أبق أو سرق بعد بيعه وقبل القبض ، احتمل عدم الانفساخ هنا ، سيما بناء على سبقه على التلف لاستلزامه الدخول في ملك الكافر ، ولو آناما وهو ممنوع كالدخول في ملكه ابتداء لعدم الفرق بين التمليك الابتدائي والعود الى الملك بعد وجود علة المنع من نفي السبيل وغيره . ويحتمل - أيضاً - استثناؤها من كلية منع تملك الكافر للمسلم ، بناء على اختصاصه بالتمليك الابتدائي ، لأن بين الكليتين عموماً من وجه ، فلابد من الترجيح ولعل الأظهر ترجيح عموم كلية التلف قبل القبض ، لأن العود الى الملك من توابع ملكه قبل الاجبار ، إن لم نقل بانصراف الملك الممنوع الى الملك المستقر ، لمنع السبيل في هذا النحو من الملك .

ومنها - مالو باع العبد ممن يعتق عليه - قهراً - فتلف قبل التسليم فان الانفساخ والرجوع الى ملك البائع متعذر هنا ، لانعتاقه بمجرد العقد ولا يعود الحر ملكاً بل لعل القبض غير معتبر فيه ، لعدم اليد على الحر بل قبضه انعتاقه ، سيما بناء على أن مفاد البيع هنا - هو الانعتاق دون التمليك ، ليتوقف على تقدم التملك عليه : إما بالطبع أو بالزمان ، ولو آناما :

ومنها - مالو باع العبد الآبق مع الضميمة ، فتلف الآبق دون الضميمة قبل اليأس ، لم ينفسخ البيع ، لكون الثمن بازاء الضميمة مع عدم الوجدان ، للنص ، وفي كون التالف من ضمان المشتري أو البائع تردد

ينشأ من كونه من المبيع التالف قبل قبضه ، ومن أن ضمان البائع إنما هو حيث يتحقق الانفساخ ولا موجب له مع بقاء الضميمة ، وكون الثمن - حينئذ - بازائها .

وأما لو تلفت الضميمة قبل القبض ، فان كان بعد وجدان الآبق وقبضه ، فالأظهر - بل الظاهر - الرجوع بما قابله الضميمة لامجموع الثمن لأن الآبق لايوزع عليه الثمن مادام آبقاً ، للنص ، لابعد حصوله في اليد لأنه جزء من المبيع المبذول بازاء مجموعة الثمن الموجب للتقسيط حينئذ ؛

وان كان تلفها قبله وفي حال فقدانه ، ففي انفساخ العقد في الآبق تبعاً للانفساخ في الضميمة ، أو بقائه بما قابله من الثمن وجهان : من أن العقد على الآبق إنما صح بالعقد على الضميمة ، وبعد فرض كون العقد عليها كأن لم يكن بالتلف قبل القبض ، انتفت الصحة بالنسبة الى الآبق لانتفاء المعلول بانتفاء علته ، ومن أن الضميمة علة التصحيح وحدوث الصحة ، لادوامها .

وتظهر الثمرة في حصوله باليد بعد تلف الضميمة فيرجع بما قابله من الثمن على الثاني ، ولا يرجع به على الأول .

ومنها - مالو اشترى جارية ، فأولدها ، ولما يحصل القبض بالوطء فتلفت الجارية ، أوأبقت قبل القبض بالفرض ، ففي لزوم العقد - حينئذ - أو انفساخه وجهان : من أن أم الولد لاتنتقل الى غير مالكها إلا في بعض الصور الذي ليس المقام منه ، ومن أن الانفساخ قهري بحكم عموم هذه الكلية ، والمنع عن بيع أمهات الأولاد مخصوص بالنواقل الاختيارية ، ولا يتوهم من جواز فسخ البائع بالخيار اذا كان له خيار لسبق حقه على حق المشتري من المنع بالاستيلاء على التلف الذي هو سبب الانفساخ ، فيكون من ضمان المشتري ومستثنى من هذه الكلية ، لأن الانفساخ بالتلف تابع

لعقد المعاوضة السابقة على الاستيلاء ، لوقوعه بين العقد والتلف ، فالعمل بما يقتضيه عقد المعاوضة ، لأنه أسبق السببين .

ومنها ـ مالو حصل في العبد المبتاع قبل القبض أحد أسباب الانعتاق من الجذام والعمى ونحوهما (١) فربما يتوهم كونه من ضمان المشتري ، قياساً على الانعتاق عليه فى شراء أحد عموديه لاتحادهما في الانعتاق القهري ، وان اختلفا فى السبب ، إلا أنه توهم فاسد ، لأن الانعتاق ـ هنا ـ بعروض المرض بحكم التلف السماوي لعدم الفرق فى التلف قبل القبض بين تلف الملك أو الملكية بعد فرض حصول الانعتاق قهراً بحدوث السبب ، كما هو مفاد الأخبار المستفيضة وعليه الفتوى .

نعم ، لو قلنا بكونها أسباباً لوجوب العتق على صاحبه كما هو ظاهر خبر الجعفي عن أبي جعفر ـ عليه السلام ـ حيث قال : « اذا عمى المملوك أعتقه صاحبه ولم يكن له أن يمسكه ... » الخبر (٢) ولم يقل : انعتق على صاحبه ـ لم ينفسخ العقد لكونه مملوكاً ـ بعد ـ بالفرض ، فاذا قبضه دخل في ضمان المشتري ، وان وجب عليه عتقه .

ومنها ـ مالو جنى المملوك قبل القبض بما يوجب استرقاقه حيث لايكون الخيار للمالك ، فالأقوى كونه من ضمان البائع لتعذر التسليم عليه قبل القبض .

ومثله ما لو جنى على نفسه بقتل ، فانه من التلف قبل القبض وان كان باتلاف منه . ولا كذلك لو ارتد عن فطرة ، وان وجب قتله ابقائه

---

(١) كالجنون والبرص والقرن في العبد والجارية .

(٢) في الكافي ـ كتاب العتق والتدبير والكتابة ، باب المملوك اذا عمى أوجذم ج ٣ ـ بسند الحديث هكذا : الحسين بن محمد عن معلى بن محمد عن الحسن بن علي الوشا عن أبان عن اسماعيل الجعفي عن أبي جعفر (ع) .

على الملك ، فان قتل قبل القبض كان من التلف قبله ، وان قبضه دخل في ضمان المشتري ، وان وجب قتله .

ودعوى كونه بحكم الميت بعد وجوب قتله ، ولذا تبين زوجته وتعتد عدة الوفاة وتقسم أمواله في ورثته فهو كالميت قبل القبض .

فاسدة ، لأنه بحكمه في الأحكام المخصوصة تعبداً ، لافي مطلق الأحكام .

الثاني عشر ـ لو ضمن الأجنبي للمشتري درك الثمن لو رجع اليه بتلف المبيع قبل قبضه ، لم يصح الضمان إن كان قبل تلف المبيع مطلقاً قبل قبض البائع الثمن أو بعده ، قبل تلفه عنده أو بعده ـ تلف المبيع أولم يتلف ـ حيث كان الضمان قبل تلفه ، لأنه من ضمان مالم يجب في جميع صوره .

وان وقع الضمان بعد تلف المبيع عند البائع وكان الثمن مقبوضاً له صح مطلقاً ـ ولو كان الثمن موجوداً حين الضمان . أما مع تلفه فواضح لكونه من ضمان المال ـ حينئذ ـ الذي لاإشكال في صحته ، وأما مع وجوده فهو من ضمان العين ودرك الثمن الذي لا إشكال في صحته ـ أيضاً ـ وان وقع الكلام في كونه على القاعدة أو على خلافها ، وانما ثبوته بالاجماع ومسيس الحاجة اليه ، وقد تقدم منا تحقيقه في بيع الفضولي . وملخصه : عدم المنافاة بين صحة الضمان الذي معناه ـ عندنا ـ تحويل مافي ذمة الى ذمة أخرى وكون المضمون عيناً بعد فرض دخولها في العهدة لعدم الدليل على اختصاص كون المضمون مالا ، والعهدة قابلة للنقل والتحويل فراجع (١)

(١) يذكر المصنف ذلك فيما يأتي في هذا الكتاب : من رسالة بيع الفضولي ويأتي منا تحقيق حول الموضوع .

الثالث عشر - لو وكل غيره على البيع وإقباض المبيع وفرط الوكيل في الاقباض ، فتلف المبيع قبل قبضه ، انفسخ العقد ، ورجع الموكل على وكيله بسبب التفريط بالمسمى ، لأنه فوته عليه بعد أن ملكه ويحتمل - قوياً - الرجوع عليه بالمثل أو القيمة ، لأن ضمان الوكيل - حينئذ - من ضمان اليد لامن ضمان المعاوضة ، ويحتمل - فيما لو زاد المسمى على القيمة - تغريم الزائد عليها - أيضاً - بالتفويت والاضرار ، ولا يتوهم أن الضمان بالتفريط حين تعلقه بالوكيل كان للمشتري لكون المبيع ملكه قبل التلف ، فكان حق الرجوع بالمثل أو القيمة للمشتري دون البائع لأن ضمان الوكيل إنما هو للمالك من حيث هو مالك ، وبالتلف يخرج المشتري عن كونه مالكاً ويكون من مال البائع الموكل ، فيكون الضمان له ويجرى مثل ذلك في بيع الولي - من الحاكم وغيره - مال المولى عليه لو فرط في إقباضه حرفاً بحرف .

الرابع عشر - لوكان المبيع مقبوضاً للمشتري قبل البيع لم يفتقر - حينئذ - الى قبض جديد ولا إلى مضي زمان يسعه فيه من غير فرق بين كون القبض مأذوناً فيه كالوديعة والعارية ونحوها ، أو منهياً عنه كالغصب ، لظهور بيعه في الرضا بقبضه ، فينتقل الضمان الى المشتري فيكون التلف منه ، لأنه من تلف المبيع بعد قبضه بالفرض .

نعم ، لو علم عدم الرضا به حيث كان له الامتناع عن التسليم الى أن يتسلم الثمن ، أو كان مما يعتبر القبض فيه في أصل النقل أو لزومه لم يكن القبض - حينئذ - معتبراً موجباً لنقل الضمان الى المشتري ، فيكون التلف عنده من التلف قبل القبض الموجب لانفساخ العقد .

لكن قد يشكل ذلك فيما لو كان اليد عليه قبل البيع يد ضمان كالغصب ونحوه ، لخروجها عن الضمان بالانتقال اليه لتبدل عنوانها الى يد

مالكية ، ولا دليل على عود الضمان في المقام بعد تلف المبيع لعدم الموجب له من اليد على مال الغير .

إلا أنه يضعف بعدم خروجه بالبيع عن مطلق الضمان . بل هو من تبدل الضمان بضمان آخر ، فان المبيع قبل البيع كان مضموناً عليه بضمان اليد بالمثل أو القيمة ، وبعده قبل التلف كان مضموناً بالمسمى ، فاذا انفسخ العقد الموجب لتبدل الضمان عاد الضمان الاول فيرجع المشتري بالثمن لو كان مقبوضاً للبائع ، ويغرم له المثل أو القيمة .

الخامس عشر - لو اتحد المقبض والقابض ، واختلفا بالإعتبار والحيثية ، كما لو باع الولي ماله من الطفل ، أوابتاع منه لنفسه ، لم يفتقر الى قبض منوي به عن الطفل في الأول ، ولنفسه في الثاني ، بعد أن كان المبيع مقبوضاً له في الصورتين ، فيكون التلف بعد العقد من المشتري المولى عليه في الأول ، والولي في الثاني ، لكونه بالفرض من التلف بعد القبض .

ويحتمل اعتبار القصد في القبض عن المشتري - ولياً كان أومولى عليه - ليمتاز عن القبض الأول ، بعد أن كان المبيع في يد الولي وقبضه في الصورتين قبضاً واحداً مستمراً ، فلا يتشخص إلا بالقصد .

واختلف الأصحاب في هبة الولي للصغير : في لزوم قصد القبض عنه وعدمه ، فالمشهور على العدم ، لما روي في الصحيح : « عن الصادق - عليه السلام - في رجل تصدق على ولد له قد أدركوا ؟ فقال : إذا لم يقبضوا حتى يموت فهو ميراث فان تصدق على من لم يدركوا من ولده فهو جائز ، لأن الوالد هو الذي يلي أمره » (١) وموثقة داود بن الحصين « الهبة والنحلة مالم يقبض حتى يموت صاحبها ؟ قال : هو ميراث ، فان :

---

(١) التهذيب - في الوقوف والصدقات - حديث تسلسل (٦٠٥ - ٥٢) وسند الحديث :.. « عن عبيد بن زرارة عن أبي عبدالله (عليه السلام) .

كان لصبي في حجره فأشهد عليه فهي جائزة ... »[١] ورواية جميل « عن رجل وهب لابنه شيئاً ، هل يصلح أن يرجع فيه ؟ قال : نعم إلا أن يكون صغيراً »[٢]

والجواز في الأولين بمعنى النفوذ بقرينة المقابلة للارث ، وعدم تقييده بالقبض مع تقييد ماقبله به لتحققه فيه بقبض الولي ، لا لعدم اعتبار القبض في هبة الصغير واعتباره في الكبير ، لأن القبض معتبر في صحة الهبة أولزومها مطلقاً ، ولو كان المتهب صغيراً ، غير أن قبض الصغير يتحقق بقبض وليه واطلاق الرجوع في هبة الكبير في الأخير محمول على الرجوع قبل القبض ، واستثناء الصغير انما هو لتحققه بقبض وليه الواهب .

وإطلاق هذه الأخبار يعم مالو قصد القبض عن المولى عليه وعدمه ولو كان القصد معتبراً وجب التقييد به ، والا لزم تأخير البيان عن وقت الحاجة والعلة المنصوصة في الأولى موجبة للحكم به في غير الهبة من سائر عقود المعاوضات :

فاذاً الأقوى عدم اعتبار القصد في القبض ، بل يدل عليه ـ مضافاً الى ذلك ـ : أن اليد فيما لو باع الولي على المبيع مالكية وبالبيع الى المولى عليه ، فتنتقل اليد عن كونها مالكية الى كونها أمانة جزماً . ومعناها : ليس إلا كون يده عليه بدلا عن يد مالكه ، وبالعكس فيما لو ابتاع من المولى عليه لنفسه فان اليد تبدلت من الأمانة عن الغير الى المالكية ، بل الأظهر تحقق القبض ـ قهراً ـ وان قصد عدمه بعد تبدل العنوان ، لأنه لم تنفك المالكية عن كون القبض لنفسه ، والأمانة عن كونه عن غيره .

(١) التهذيب للشيخ الطوسي ـ في النحل والهبة ـ حديث تسلسل (٦٤٨ـ٢٥)

(٢) المصدر نفسه ، حديث تسلسل (٦٤٦ ـ ٢٣) :

السادس عشر ـ اذا تلف بعض المبيع وكان التالف مما يقسط عليه من الثمن ، انفسخ العقد بالنسبة اليه بخصوصه مما يقابله من الثمن ، لكونه من تلف المبيع قبل قبضه ، بعد فرض انحلال البيع الى بيوع متعددة ويتخير المشتري في رد الموجود منه ، والرجوع بجملة الثمن ، للتبعض وقبوله بما يقابله منه .

نعم ، قد يشكل الحكم بالانفساخ ـ هنا ـ وكون التالف بخصوصه من مال البائع مع أن ظاهرهم الاتفاق عليه ، على القول بمخالفة الحكم به للقاعدة ، لوجوب الاقتصار فيه على المتيقن خروجه منها ، وهو تلف جميع المبيع ، ولو بدعوى الانصراف اليه ، دون بعضه ، والرجوع في تلف البعض مع القبول وعدم الرد إلى ماتقتضيه القاعدة من ضمانه بالمثل أوالقيمة ولعله من الشواهد ـ أيضا ـ على كونه موافقاً للقاعدة ، وان كان مما لايقسط عليه شيء من الثمن ـ جزء كان التالف أو وصفاً ـ كقطع يد العبد قبل القبض ونسيانه الكتابة كذلك المشروط اتصافه بها ، فلا خلاف في أن للمشتري الرد . وفي جواز أخذ الأرش بحيث يجبر البائع عليه فيكون المشترى مخيراً بين الرد والارش قولان : فعن الشيخ في (المبسوط والخلاف) العدم ، بل عن (الخلاف) : دعوى عدم الخلاف فيه ، وهو المحكي عن ابن ادريس ، والمحقق في (النافع) و (كاشف الرموز) في شرحه [١] وعن غير واحد ـ ومنهم الشيخ في محكي (النهاية) وعن ابن البراج وأبي الصلاح : الجواز ، وهو المحكي عن الشهيدين ، وثاني المحققين ، بل عن (المسالك) : إنه المشهور ، واستدل عليه في (المختلف) وغيره بأن المبيع لو تلف أجمع ، لكان من ضمان البائع ، فكذا أبعاضه وصفاته

قلت : قد يشكل قياس تلف أبعاض المبيع ـ مطلقاً ـ وصفاته بتلف جمعه في كونه من ضمان البائع الذي قد عرفت أن معناه انفساخ

(١) تقدم ـ آنفاً ـ ص ١١٩ كلام موجز عن هذا الكتاب ، ومؤلفه .

العقد بالتلف والرجوع بالمسمى ، لأن الضمان بهذا المعنى إنما يتحقق بتلف الجميع أو بعضه ممـا يقابل بشيء من الثمن ، لامكان تحقق الرجوع - حينئذ - بكل الثمن أو بعضه بالانفساخ في كل المبيع بالتلف أو بعضه وحيث كان التالف جزء لايقسط عليه من الثمن أو وصفاً ، وهو كذلك كيف يمكن فرض الضمان فيه بهذا المعنى ؟ إذ لارجوع فيهما بشيء من المسمى ، وليس الأرش من المسمى ، حتى يمكن في مورده فرض الانفساخ والرجوع بشيء منه .

إلا أن شيخنا المرتضى - رحمه الله - ذكر وجهاً لتعقل انفساخ العقد وتخيير المشتري بين الرد والأرش فيما لو حدث عيب في المبيع قبل القبض بما يرجع ماملخصه - بتوضيح منا - إلى أن الضمان في تلف المبيع وأبعاضه وأوصافه بمعنى واحد ، وهو فرض العقد بالنسبة الى التالف كأن لم يكن غير أنه يختلف حكمه باختلاف التالف ، فان كان الكل كان الرجوع بتمام المسمى ، وان كان بعضاً يقسط عليه من الثمن كأحد العبدين فرض كأن لم يعقد على التالف وعقد على الموجود منهما ، فيرجع بما يقابل التالف من المسمى، ويتخير للتبعض بين الرد وقبول الموجود بما يقابله منه ، وان كان التالف بعضاً لايقسط عليه من الثمن أووصفاً مشروطاً اتصافه به أو يوجب فواته عيباً فيه كان ضمانه بمعنى فرض العقد بالنسبة اليه بخصوصه كأن لم يكن ، ومرجعه الي تقدير كون العيب في ملك البائع ووقوع العقد على المعيب ، فيجري حكمه من التخيير بين الرد والأرش فيه (١)

وهو تخريج حسن ، لجواز أخذ الأرش من البائع بضمانه لما تلف من أوصاف المبيع قبل القبض ، لكن يشكل ذلك كما اعترف به ، بناء

(١) مكاسب الشيخ الانصاري ، كتاب البيع ، في أحكام القبض ، مسألة مالو تلف بعض المبيع قبل قبضه.

على كون الحكم به على خلاف القاعدة لوجوب الاقتصار فيما يخالفها على المتيقن خروجه منها ، وهو تلف جميع المبيع ، أو بعمه وما بحكمه من تلف بعض يقسط عليه من الثمن دون مطلق أبعاضه وأوصافه .

السابع عشر : يجري في تلف الثمن المعين وأبعاضه وأوصافه قبل القبض ماتقدم في تلف المبيع قبله ، حرفاً بحرف وأنه في ضمان المشتري قبل القبض ، كما أن المبيع في ضمان البائع إلى حصول القبض ، لتساويهما في اقتضاء عقد المعاوضة لضمانهما .

نعم ، يشكل تعدي الحكم من المبيع إلى الثمن ، بناء على كونه مخالفاً للقاعدة ، إلا بدعوى إطلاق المبيع على الثمن أيضاً ، كما يقال : « البيّعان بالخيار مالم يفترقا » (١)

ويظهر من بعض دعوى الاتفاق على تعدي الحكم الى الثمن وهو من الشواهد ـ أيضاً ـ على كون الضمان من مقتضيات عقد المعاوضة (٢).

(١) نبوي مشهور لدى الفريقين فمن العامة ذكره المناوي في (كنوزالحقائق بحرف الباء) بهذا النص وذكره العجلوني في (كشف الخفاء باب الباء حديث رقم (٩٣) بلفظ « البيعان بالخيار مالم يتفرقا أو يقول أحدهما لصاحبه اختر » ، واستعرض ذكر الحديث بوجوهه المختلفة وأسناده الكثيرة ، ومن الخاصة : عامة كتب الأخبار والموسوعات الفقهية ـ في أبواب الخيار ـ

(٢) أقول : ذكرنا : أن الظاهر تعدي الحكم من المبيع إلى الثمن ، وإن قلنا إن الحكم على خلاف القاعدة من جهة النص ، فلا حاجة إلى دعوى إطلاق المبيع على الثمن ـ أيضاً ـ والاستشهاد بقوله « البيعان بالخيار مالم يفترقا » ، ولا إلى دعوى بعض : الاتفاق على تعدي الحكم الى الثمن ، بل لما ذكرنا من أن النبوي ـ وان اختص بتلف المبيع ـ لكن رواية عقبة بن خالد ظاهرة في سراية الحكم المذكور الى تلف الثمن قبل القبض ـ أيضاً ـ على ماقربناه من دلالتها على ذلك :

الثامن عشر: - لو باع ثوباً بعبد - مثلا ، وقبض الثمن - وهو العبد - فباعه من غيره ، ثم تلف المبيع - وهو الثوب - قبل قبضه ، فان كان البيع سابقاً على التلف نفذ البيع لوقوعه في ملكه ، ويغرم قيمة العبد للمشتري لانفساخ العقد بتلف المبيع قبل قبضه ، وان كان مسبوقا به لم ينفذ بيع العبد لرجوعه الى المالك الأول بانفساخه من حين التلف ووقوع البيع - حينئذ - منه على ملك الغير ، والحكم في الصورتين واضح ، ومع الشك في السبق واللحوق ، فإصالة تأخر كل منهما معارضة بمثلها في الآخر فيشكل نفوذ البيع في العبد بل يشكل - أيضاً - لو أثبتنا التقارن باصالة عدم تقدم كل منهما على الآخر ، وان قلنا بكونه أمراً عدمياً ، فضلا عن كونه أمراً وجودياً :

اللهم إلا أن يقال : إن الشك في بقاء الملك للعبد حين بيعه وعدمه مسبب عن سبقه على التلف ، ومع تعارض الأصلين في السبب يرجع إلي مايقتضيه الأصل في المسبب ، وهو بقاء الملك الى حين البيع الحاكم على إصالة عدم النقل ، لأن الشك فيه مسبب عن الملك وعدمه .

التاسع عشر - قد عرفت الكلام في ما اذا كان الثمن معيناً شخصياً وأما إذا كان كلياً ، سواء كان كلياً خارجياً أو في الذمه - ودفع الى البائع مازاد على الثمن ليتخير منه ، فالكلام فيه هو الكلام في المبيع الكلي بقسميه - حسبما تقدم - .

العشرون - قد عرفت موافقة الحكم بالضمان قبل القبض بالمسمى للقاعدة الموجبة للتعدي من البيع الى سائر عقود المعاوضات ولعل ذلك من المسلم عندهم - كما يظهر من بعضهم - :

قال شيخنا المرتضى في (المكاسب) « ... ثم إنه هل يلحق العوضان في غير المبيع من المعاوضات به في هـذا الحكم ؟ لم أجد أحداً صرح

بذلك نفياً أو إثباتاً ، نعم ذكروا في الاجارة والصداق وعوض الخلع ضمانها لو تلف قبل القبض ، لكن ثبوت الحكم عموماً مسكوت عنه في كلماتهم ، إلا أنه يظهر من بعض مواضع (التذكرة) عموم الحكم لجميع المعاوضات على وجه يظهر كونه من المسلمات ، قال - في مسألة البيع قبل القبض وجواز بيع ما انتقل بغير البيع - : « والمال المضمون في يد الغير بالقيمة كالعارية المضمونة ، أو بالتفريط ، ويسمى ضمان اليد يجوز بيعه قبل قبضه لتمام الملك - إلى أن قال - : أما ماهو مضمون في يد الغير بعوض في عقد معاوضة ، فالوجه جواز بيعه قبل قبضه كمال الصلح والأجرة المعينة ، وقال الشافعي : لايصح لتوهم الانفساخ بتلفه كالبيع وظاهر هذا الكلام كونه مسلماً بين الخاصة والعامة » (١) إنتهى .

فمن الغريب - مع ذلك - ماوقع منه ومن غيره من البناء على كون الحكم مخالفاً للقاعدة الذي مقتضاه الاقتصار فيما خالفها على المتيقن من مورد الدليل من المبيع دون الثمن ، فضلا عن غير البيع من سائر عقود المعاوضات فافهم واغتنم .

تذييل

يشترط في خروج البائع عن ضمان المبيع بالقبض : أن لايكون للمشتري خيار يختص به ، فان كان له خيار كذلك - وتلف المبيع في يده - كان من ضمان البائع - ايضاً - وان كان بعد قبضه حسبما كان ضامناً له قبل القبض ، لأن تلف المبيع في مدة الخيار من ضمان من لاخيار له - إجماعاً بقسميه في الجملة - وهي قاعدة مسلمة عند الأصحاب ، وإن وقع من بعض

(١) راجع : كتاب البيع - في أحكام القبض ، مسألة تلف المثمن المعين قبل القبض :

التأمل في كليتها بحيث تعم الثمن والمثمن وأنواع الخيارات ، بايعاً كان ذو الخيار أو المشتري :

والأصل فيه ـ قبل الاجماع ـ : صحيحة ابن سنان : « عن الرجل يشتري الدابة أو العبد ويشترط الى يوم أو يومين ، فيموت العبد أو الدابة أو يحدث فيه حدث ، على من ضمان ذلك ؟ فقال : على البائع حتى ينقضي الشرط ثلاثـــة أيام ويصـــير المبيـــع للمشتري » (١) شرط لـــه أم لم يشترط ـ وان كان بينهما شرط أياماً معدودة فهلك في يد المشتري فهو من مال البائع » (٢)

ورواية عبد الرحمان ابن أبي عبد الله : قال : « سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل : اشترى أمـــة بشرط من رجل يوماً أو يومين فماتت عنده ، وقد قطع الثمن : على من يكون ضمان ذلك ؟ قال : ليس على الذي اشترى ضمان حتى يمضي بشرطه » (٣)

ومرسلة ابن رباط : « إن حدث في الحيوان حدث قبل ثلاثة أيام فهو من مال البائع » (٤)

والنبوي المروي في (قرب الاسناد) في العبد المشترى بشرط فيموت

---

(١) وسائل الشيعة للحر العاملي ، كتاب التجارة ، أبواب الخيار ، باب تلف الحيوان قبل الثلاثة حديث رقم (٢) .

(٢) وهذه الفقرة الأخـــيرة من رواية أخرى عن ابن سنان أيضا ، راجع نفس المصدر باب أن المبيع اذا حصل له نماء في مدة الخيار ... حديث رقم (٢)

(٣) وسائل الشيعة للحر العاملي ، كتاب التجارة ، أبواب الخيار ، باب أن الحيوان اذا تلف أو حدث فيه عيب في الثلاثة حديث رقم (١)

(٤) المصدر نفسه ، حديث رقم (٥)

قال : « يستحلف بالله مارضيه ، ثم هو بريء من الضمان » (١)

إذا عرفت ذلك ، فاعلم ان الكلام هنا يقع في أمور :

الأول : ان المصرح به في كلام كثير من الأصحاب هو أن تلف المبيع في زمن الخيار من ضمان من لاخيار له ، وقد أرسلوها إرسال القاعدة وهي - باطلاقها - تعارض القاعدة المتقدمة ، وهي تلف المبيع قبل قبضه تعارض العامين من وجه ، لأنها تعم ماقبل القبض وبعده ، غير أنها مختصة بوجود الخيار ، وتلك القاعدة ، وان اختصت بما قبل القبض ، إلا أنها عامة بالنسبة إلى صورتي وجود الخيار ، وعدمه ، وحينئذ فتتعارض القاعدتان في صورتي تلف المبيع قبل قبضه والخيار للبائع فقط ، وتلفه بعد قبضه والخيار للمشتري كذلك ، وتتوافقان في الصورتين - أيضا - في الأولى ، مع كون الخيار للمشتري - فقط - وفي الثانية مع كون الخيار للبائع كذلك :

هذا ولكن الإنصاف عدم استفادة نحو هذه الكلية من الأخبار حتى يقع تعارض بين القاعدتين المذكورتين وإن وقع التعبير بنحو هذه الكلية في كلام الأصحاب ، بل المستفاد منها اختصاصها بما بعد القبض ، بقوله - عليه السلام - في ذيل الصحيحة المتقدمة : « وإن كان بينهما شرط أياماً معدودة فهلك في يد المشتري » وقوله - عليه السلام - « فماتت عنده » في رواية عبد الرحمان ، المقيد بها ، ولو بمعونة فهم الأصحاب إطلاق

---

(١) المصدر نفسه ، حديث رقم (٤) وسند الحديث فيه هكذا : وباسناده عن محمد بن أحمد بن يحيى عن أبي اسحاق عن الحسن بن أبي الحسن الفارسي عن عبد الله بن الحسن بن زيد بن علي بن الحسين عن أبيه عن جعفر بن محمد قال قال رسول الله (ص) : في رجل اشترى عبداً بشرط ثلاثة أيام ، فمات العبد في الشرط وقال ...

الخبرين الأخيرين ، فلا تكون النسبة بين القاعدتين عموماً من وجه حتى يرجع في تخصيص إحديهما دون الآخر الى المرجح :

الثاني ـ هو أن الأخبار المتقدمة ، وإن اختصت بظاهرها ـ بمعونة ذكر الزمان فيها ـ ببعض الخيارات كخيار الحيوان وخيار الشرط ، أوهماوخيار المجلس ، إن اختص بالمشتري ولو باسقاط البائع خياره ، بناء على إطلاق الشرط عليه في الأخبار ، فلا تشمل القاعـدة غيرها من أنواع الخيارات كخيار الغبن وخيار العيب ، ونحوهما مما يكون فيـه على الفورية من غير اعتبار للمدة فيه .

إلا أن الأقوى تعميمها لمطلق الخيار (١) بناء على أن المناط في عدم ضمان ذي الخيار له ، وان تلف في يده ، هو تزلزل العقـد بالنسبة اليه

(١) قد يقال : إن الحكم بضمان البائع مايتلف في يد المشتري من المبيع ـ على خـلاف القاعدة المستفادة من عموم قوله تعالى : « أوفوا بالعقود » الدال على لزوم العقد ، وعدم انفساخه بلا موجب ، ومع عدم الانفساخ لا يمكن أن يكون التلف على غير قابضه :

هذا مضافاً الى خصوص رواية عقبة بن خالد عن الصادق ـ عليه السلام ـ « في رجل اشترى متاعاً من آخر وأوجبه غـير أنه ترك المتاع عنده ولم يقبضه ، وقال : آتيك غـداً إن شاء الله ، فسرق المتاع ؟ من مال من يكون ؟ قال ـ عليه السلام ـ : من مال صاحب المتاع الذي هو في بيتـه حتى يقبض المتاع ويخرجه من بيته ، فاذا أخرجه من بيتـه فالمبتاع ضامن لحقه حتى يرد ماله اليـه » : فان الظاهر منها أن المال بعـد القبض في عهـدة مالكه ، ولا يضمنه غيره ، حتى يقال بالانفساخ ، والقدر المتيقن من قاعدة التلف في زمن الخيار هو خيار الحيوان والشرط ، الثابتان للمشتري حسبما يستفاد من صحيحة ابن سنان ، ورواية عبد الرحمان ابن أبي عبدالله =

. . . .

= ومرسلة ابن رباط ، والنبوي المروي في (قرب الإسناد) - على ماذكر في المتن - .

وهذه الروايات خاصة بخيار الحيوان ، والشرط الثابت للمشتري ، والتعدي الى سائر الخيارات - بل الى الخيار الثابت للبائع - بلا وجه ، سوى دعوى تنقيح المناط ، أودعوى استفادة العلية من قوله - عليه السلام - : « حتى ينقضي الشرط ثلاثة أيام ويصير المبيع للمشتري » بناء على ان المراد بصيرورة المبيع للمشتري كونه بنحو الاستقرار ، دون أصل الملك ، وان المستفاد منه أن كل من لم يستقر عليه المال لكونه ذا خيار فتلف مالـه على من عليه الخيار ، وبالتلف تنفسخ المعاملة ويصير التالف قبل تلفه - آناًما - ملك من عليه الخيار ، ثم يتلف من ماله ، نحو ماذكرنا في التلف قبل القبض ، بلا فرق بين كون الخيار الثابت له خيار حيوان أوشرط أومجلس أو تخلف شرط ضمني ، كخيار الغبن أو العيب أو تخلف الوصف :

والحاصل : ان التعدي عن مورد الروايات ، وهو خيار الشرط والحيوان متوقف على استفادة العلية من قوله : - عليه السلام - « حتى ينقضي الشرط » المراد به الخيار ، وان العلة في الضمان وجود الخيار لمن تلف عنده المال ، وذلك غير واضح ، بل الظاهر كون المراد من قوله - عليه السلام - « حتى ينقضي الشرط » بيان أن ضمان المال على من عليه الخيار وهو البائع الى زمان انقضاء خيار الحيوان ، ولا اعتبار بشرط اليوم واليومين ، فقوله - عليه السلام - « حتى ينقضي الشرط » لبيان عامة ضمان البائع لموت العبد والدابة ، وهو الثلاثة أيام .

وأما دعوى كون المناط في الضمان عدم استقرار الملك بسبب مطلق الخيار ، فليس ذلك سوى الظن ، ولا يكون من تنقيح المناط القطعي =

. . . .

= فهو من قبيل القياس الذي لانقول به :

والحاصل : أن الظاهر من الروايات الواردة في بيان ضمان من عليه الخيار مايتلف في يد من له الخيار : اختصاص ذلك بصورة كون الخيار مما له أمد محدود ومبدء ومنتهى كخيار الحيوان والشرط ، فمثل خيار الغبن والعيب ، وتخلف الوصف مما لم يكن له أمد استفادة حكمها من روايات الباب مشكل غاية الاشكال ، لاسيما مع القول بكون الخيار فيها على الفور

ثم إن الروايات الواردة في الباب ، وان كان موردها صورة كون المبيع حيواناً ، وقد قبضه المشتري ، وان تلفه في الثلاثة أيام على البائع وبعد الثلاثة من المشتري ، إلا إذا شرط البائع لنفسه الخيار مدة تزيد على الثلاثة ، فغاية ضمان البائع تلف المبيع انتهاء مدة الشرط ، ولكن الظاهر عدم الخصوصية للحيوان ، فيمكن أن يتعدى منه الى غيره فيما لو كان الخيار المجعول للمشتري بالشرط .

وأما التعدي الى صورة ما اذا كان الخيار المجعول بالشرط للبائع وتلف الثمن في مدة خياره ، فدعوى القطع باتحاد المناط وعدم الخصوصية للمشتري وكون التالف العين المبيعة غير بعيدة . ولو نوقش في دعوى القطع باتحاد المناط بين تلف المثمن وبين تلف الثمن في ضمن الخيار فيكفي في ذلك استصحاب الضمان الثابت قبل القبض بالنسبة الى الثمن ، إذ لاينبغي الاشكال في أن قاعدة كون تلف المال من مالكه مخصصة بقاعدة التلف قبل القبض بالنسبة الى الثمن ، وكون تلفه من المشتري لحكومة قاعدة التلف قبل القبض على قاعدة كون تلف المال من مالكه ، وبعد قبض البائع للثمن ، وكون الخيار للبائع خاصة ، وحصل الشك في كون تلف الثمن من ماله لقاعدة كون التلف في زمن الخيار ممن لاخيار له ، وكونها =

وعدم استقراره عليه وضمانه على من لاخيار له لأنه قد استقر العقد عليه كما صرح به في (السرائر) حيث قال : « وكـل من كان له الخيار فالمتاع يهلك من مال من ليس له خيار ، لأنه قد استقر العقد عليه ولزم والذي له الخيار ما استقر عليه العقد ولا لزمه ، فان كان الخيار للبائع دون المشتري وكان المتاع قد قبضه المشتري وهلك في يده ، كان هلاكه من مال المشتري دون مال البائع ، لأن العقد استقر عليه ولزم من جهته ..: »(١) انتهى :

وهو مناط مستفاد مما هو بحكم التعليل في قوله « حتى ينقضي الشرط

= شاملة للثمن أيضا ، فلو نوقش في دعوى تنقيح المناط ، وكونه ظنياً لاقطعياً ، فاستصحاب ضمان المشتري للثمن الثابت بالنسبة اليه قبل القبض ببدله المسمى في العقد الى ما بعد قبض البائع له في مدة خياره المجعول له بالشرط ، يكون من قبيل استصحاب حكم الخاص الحاكم على عموم العام - كما يظهر بالتأمل - .

وأما التعدى عن مورد الروايات الى خيار المجلس الثابت لأحد المتعاقدين فالكلام فيه هو الكلام في سابقه من التعدي بالنسبة الى الثمن ، فانه ، وان لم يكن الخيار فيه محدوداً بزمان كخيار الحيوان ، والشرط ، ولـكن حيث حدد بالافتراق فهو بمنزلة التحديد بالزمان »

والحاصل ، أن التعـدي الى الخيارات الثلاثة : خيار الغبن ، وخيار العيب ، وخيار تخلف الوصف المشروط في العقد ، مشكل غاية الاشكال لاسيما بناء على المشهور من كون ظهور العيب والغبن والتخلف سبباً للخيار لا كاشفاً عن ثبوت الخيار من حين العقد ، بل لاوجه له على هذا المعنى كما لايخفى .

(١) السرائر لابن إدريس - كتاب البيوع ، باب الشرط في العقود .

ثلاثة أيام ويصير المبيع للمشتري » بعد حمل صيرورته للمشتري على الملك المستقر كما فهمه المشهور ، دون أصل الملك ، كما عليه الشيخ ، ومانعية التزلزل عن ضمان المقبوض لم تنفك عن مطلق الخيار :

وبهذا التعميم وغيره - كما ستعرف - صرح بعض الاصحاب :

قال في (الدروس): « ... ولو تلف بعد قبض المشتري فهو من ماله إلا أن يختص بالخيار ، فيكون من البائع : . » انتهى [1] من غير تقييد للخيار في كلامه بما يخصصه ببعضه .

وقال جدنا في (الرياض) بعد بيان قاعدة ما اذا تلف المبيع قبل قبضه فهو من مال بائعه - : « ... وكذا لو تلف المبيع أو الثمن بالآفة الالهية بعد قبضه وقبل انقضاء خيار المشتري أو البائع ، فان التلف فى مدة الخيار ممن لاخيار له بلا خلاف أجده ، لما مر في كل من خياري الشرط والحيوان : من المعتبرة المستفيضة ، وأخصيتها من المدعى مندفعة بعدم القائل بالفرق بين الطائفة ... » [2]

وقال في (مفتاح الكرامة) : « لقد حكم المصنف - هنا - وفي التذكرة والمحقق الثاني والفاضل الميسي : أنه يكون من المشتري ان كان الخيار للبائع أولهما أو لأجنبي ، وأنه إن كان للمشتري - خاصة - فمن البائع وهو - فيما عدى الأجنبي وما عدى ماأذا كان الخيار لهما - على ما ستعرف الحال فيه - موافق لما في (السرائر) و (جامع الشرائع) لابن سعيد ، و (الارشاد) وشرحه لولده ، (ومجمع البرهان) : من أن التلف إن كان في مـدة الخيار ، فهو ممن لاخيار له ، وهو معنى مافي (الشرائع) و

---

(١) راجع من دروس الشهيد : كتاب البيع ، درس في القبض .

(٢) كتاب التجارة ، الفصل الثالث في الخيار في شرح قول المحقق: الخامسة اذا تلف المبيع قبل قبضه فهو من مال بائعه :..

(التحرير) و (التذكرة) و (المسالك) و (المفاتيح) : من أنه إن كان الخيار للبائع فالتلف من المشتري ، وان كان للمشتري فالتلف من البائع ، ولا أجد في شيء من ذلك خلافاً ، بل اطلاق إجماع (الغنية) حيث قال : « اذا هلك المبيع في مدة الخيار فهو من مال البائع إلا أن يكون المبتاع قد أحدث فيه حدثاً يدل على الرضا ، فيكون هلاكه من ماله » منطبق على الصورة الثانية ، لكنه يشكل بالنسبة الى ما اذا كان الخيار لهما كما ستسمع (١) إنتهى .

وبالجملة ، لم أجد من صرح من الأساطين باختصاص الخيار ببعض أقسامه مع وقوعه بنحو الاطلاق في كلامهم ، وان وقع التعبير بالمدة والزمان في كلام اكثرهم المنزل على غلبة تصوير التلف في حال الخيار ووجوده بعد أن كان المناط التلف في حال التزلزل من غير مدخلية للزمان في موضوعية المناط ، وان أخذ ـ غالباً ـ طريقاً الى تحققه .

نعم ، الظاهر عدم مانعية التزلزل المسبوق باللزوم عن ضمان المقبوض كخيار تأخير الثمن لحدوث الخيار بعد الثلاثة لافي أثنائها ، فضمان المبيع على المشتري لو تلف عنده بعد الثلاثة إنما هو للقاعدة الأولية لكونه تلف في ملكه بعد قبضه ، كما لو تلف في الثلاثة ، لا لخيار البائع وأنه من مال من لاخيار له ، لظهور « حتى ينقضي الشرط » في الصحيحة في اعتبار اتصال التزلزل بالعقد ، وكذا مثله ، بناء على تعميم القاعدة للثمن أيضا ـ كما ستعرف ـ اذا تلف الثمن بعد قبض البائع له لو شرط الخيار عند رد الثمن أو مثله في زمان معين ، فان الخيار إنما يحدث بعد رد مثل الثمن فيه ، لاقبله ، فيكون تلف الثمن في ملكه ، ولا خيار له حتى يكون في ضمان المشتري ، ومن مال من لاخيار له ، فهو من التزلزل المسبوق

(١) راجع : كتاب المتاجر منه ص ٥٩٨ طبع الشام .

باللزوم الذي قد عرفت أنه غير مانع عن الضمان .

نعم لو فرض استمرار الخيار في المدة ، وأن رد مثل الثمن شرط في إعمال الخيار ومباشرة الفسخ على وجه يكون ذلك بجعل بالفرض في أصل العقد ، أشكل الحكم بذلك لاختصاص الخيار بالبائع واقتضاء القاعدة كونه من ضمان من لاخيار له ، وهو المشتري .

الثالث ـ يظهر مما ذكرنا من عدم كون المقبوض لذى الخيار مضموناً عليه لو تلف في خياره : عدم الفرق بين المبيع والثمن ، لوحدة المناط المتقدم فيهما ، ضرورة أن نسبة الثمن المقبوض للبائع ، والخيار مختص به كنسبة المبيع المقبوض للمشتري اذا كان الخيار مختصاً به .

وإن تأمل في التعميم من هذه الحيثية أيضاً ـ بعض المحققين من المعاصرين ، نظراً الى الاقتصار فيما خالف الضوابط الشرعية على المتيقن خروجه منها ، وهو المبيع ، فلا يتعدى منه إلى الثمن .

وأنت خبير بما فيه ، لعدم وقوع لفظ المبيع في شيء من الأخبار كما وقع في النبوي المتقدم في القاعدة المتقدمة حتى يتوهم الاقتصار عليه .

ودونك في التعميم من هذه الحيثية ـ أيضا ـ ماتقدم من كلام جدنا في (الرياض) وغيره :

الرابع ـ الخيار : إما أن يكون للبائع ، أو للمشتري ، أولهما ، أوللاجنبي ـ منفرداً ـ أوله منضماً اليهما ، أو إلى أحدهما ، بائعاً كان أو المشتري وعلى التقادير كلها : فاما أن يكون التلف قبل القبض أو بعده :

فان كان قبل القبض كان من ضمان البائع ـ مطلقاً ـ في جميع صورها السبع ، لانه من تلف المبيع قبل قبضه الذي قد تقدم كونه مضموناً على البائع ـ مطلقاً ـ حتى لو كان له خيار مختص به فانه لايكون من ضمان المشتري الذي لاخيار له ، لما عرفت من اختصاص قاعدة تلف المبيع

في مدة الخيار بما إذا كان بعـد القبض ، لاقبله ، وان توهم كونه من تعارض القاعدتين فيه :

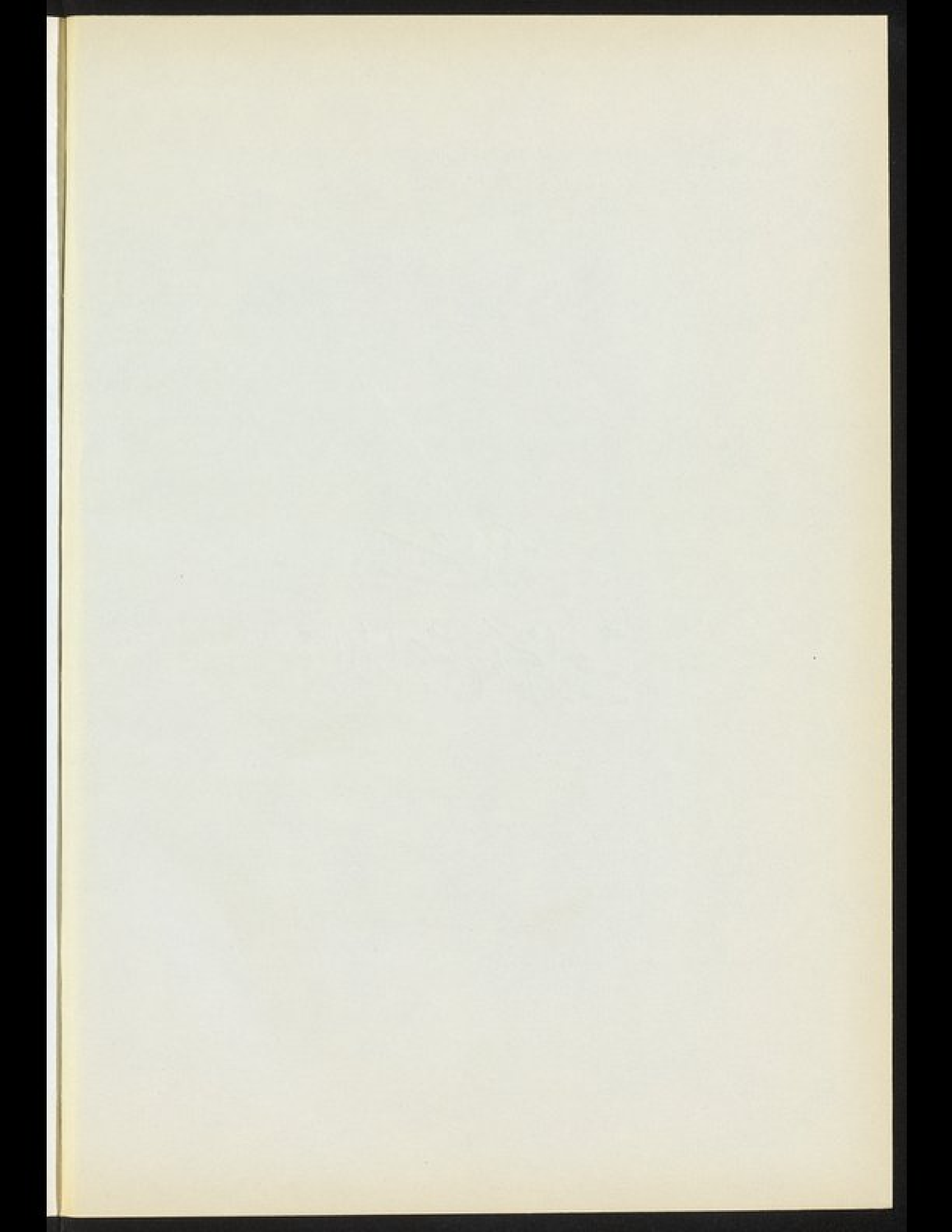
وأما إذا كان التلف بعدالقبض فمن ضمان المشتري في جميع صورها أيضاً - إلا اذا كان الخيار خاصاً بالمشتري ، فانه المتيقن خروجه - بما دل على كون التالف في مدة الخيار ممن لاخيار له - عن القاعدة الأولية التي مقتضاها كون التالف منه ، لأنه تلف في ملكه وهو مقبوض له .

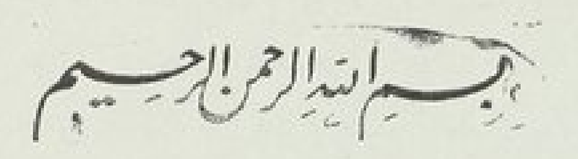
ويلحق بهـذه الصورة في الخروج عن القاعـدة الأولية : مالو كان الخيار للأجنبي ، وكان بجعل من المشتري توكيلا منه - منفرداً كان أومنضما الى نفسه - لاتحكيما ، فافهم :

الخامس - المراد بالضمان في هذه القاعدة هو المراد منه في قاعدة تلف المبيع قبل قبضه ، بمعنى انفساخ العقد وحله ، فلا يفتقر بعد التلف الى فسخ ذي الخيار ، لتحقق الانفساخ بمجرد تحقق التلف ، فلم يبق عقد - حينئذ - حتى تكون له سلطنة على الفسخ بالخيار ، وهو واضح

هذا آخر ما أردنا بيانه في هذه المسألة والله العالم بحقائق أحكامه

رسالة
في الأراضي الخراجية





الحمد لله رب العالمين ، والصلاة على أشرف الأنبياء وخاتم المرسلين محمد (ص) وأهل بيته المعصومين ، وعلى صحبه الأبرار المنتجبين ، ولعنة الله على أعدائهم إلى يوم الدين .

وبعد : فيقول الراجي عفو ربه الغني محمد بن محمد تقي آل بحر العلوم الحسني الحسيني الطباطبائي (١) :

هذه (رسالة في الأراضي الخراجية) وغيرها ، وما يأخذه السلطان من الخراج والمقاسمة ، وما يؤخذ منه من الجوائز . رتبتها على مقدمة ومقالات وتذنيب ، وخاتمة :

أما المقدمة ، ففي تقسيم الأرضين

وهي في الأصل - كما في قاطعة اللجاج (٢) - على قسمين :

(أحدهما) - أرض بلاد الاسلام ، وهي على قسمين - أيضاً - عامر ، وموات . فالعامر ، ملك لأهله لايجوز التصرف فيه إلا باذن ملاكه

---

(١) هو العلامة المحقق سيدنا الخال السيد محمد ابن العلامة السيد محمد تقي ابن العلامة السيد رضا ابن سيدنا المعظم بحر العلوم الطباطبائي قدس الله تعالى أسرارهم

(٢) رسالة قاطعة اللجاج في حل الخراج للشيخ الجليل المحقق الثاني نور الدين علي بن عبد العالي الكركي صاحب المصنفات الكثيرة المشهورة منها : جامع المقاصد في شرح القواعد للعلامة الحلي - قدس الله تعالى سرهما - .

طبعت هذه الرسالة القيمة مع جملة من رسائل مختلفة في الرضاع والخراج في إيران سنة ١٣١٥ هـ .

والموات - إن لم يجر عليه ملك مسلم ، فهو لامام المسلمين ، يفعل به مايشاء وليس هذا القسم من محل البحث المقصود .

(الثاني) ماليس كذلك ، وهو أربعـة أقسام : الأول - الأرض المفتوحة عنوة ، الثاني - أرض الجزية ، وهي التي صولح عليها ، الثالث الأرض التي أسلم عليها أهلها طوعاً ، الرابع - أرض الأنفال (١)

وهذه القسمة لاتنافي تقسيم أكثر الفقهاء لها الى الأقسام الأربعة ، لأن نظرهم في التقسيم اليها من حيث تعلق يد الكفار بها واستيلائهم عليها .

(تنبيه) : جمع الأرض على الأراضي على غير قياس ، لأن (فعل) لايجمع على (فعالي) ، بل هو جمع (فعلاء) كصحراء وصحاري ، قال في (المسالك) : « ... وربما جمعها - أي الأرض - بعضهم على الأراضي وغلط في ذلك » (٢) وعن الحواشي المنسوبة الى الشهيد - رحمه الله - : « أن جمع الأرض على الأراضي غلط » .

قلت : هو جمع سماعي على غير قياس ، قال في (الصحاح) : « ... وقد تجمع - أي الأرض - على أروض ، وزعم أبو الخطاب : أنهم يقولون : أروض ، وأراض ، كما قالوا : أهل ، وأهال ، والأراضي - أيضاً - على غير قياس » (٣) وقال في (القاموس) : « ... أرضات وأروض وأرضون وأراضن ، والأراضي غير قياسي » (٤) وعن المصباح « ... قال أبو زيد : وسمعت العرب تقول في جمع الأرض : الأراضي والأروض ، مثل : فلس وفلوس ، وجمع فعل وفعالي في أرض وأراضي

---

(١) راجع هذا التقسيم - باقتضاب - في المقدمة الأولى من الرسالة المذكورة .

(٢) راجع : مسالك الأفهام للشهيد ج ٢ أوائل كتاب إحياء الموات .

(٣) راجع : الصحاح للجوهري ، باب الضاد ، فصل الألف بمادة (أرض)

(٤) راجع : تمام المادة - في (القاموس) أول باب الضاد فصل الهمزة .

وأهل وأهالي ، وليل وليالي - غير قياسي » [١].

وكيف كان ، فهاهنا مقالات :

المقالة الأولى : في الأرض المفتوحة عنوة - بفتح العين المهملة وسكون النون - وهي المأخوذة بالقهر والغلبة المستلزمة للذل والخضوع : ومنه قوله تعالى : « وعنت الوجوه للحي القيوم » [٢]

فما كان منها عامراً - يوم الفتح - فهو للمسلمين قاطبة ، ولمن يدخل في الاسلام ولمن يوجد - بعد ذلك - بالسوية ، من غير تفاضل بينهم ، فضلا عن التخصيص بالمقاتلة منهم .

ويدل عليه - بعد الاجماع بقسميه البالغ منقوله فوق حد الاستفاضة المعتضد بدعوى غير واحد الوفاق ، وعدم الخلاف في ذلك ، فلا يعبأ بما وقع من التعبير عنه بالمشهور في (الكفاية) - [٣]

الأخبار المستفيضة التي منها : صحيحة الحلبي « عن السواد : مامنزلته ؟ فقال : هو لجميع المسلمين لمن هو اليوم ولمن يدخل في الاسلام بعد اليوم ولمن لم يخلق - بعدُ - فقلنا : الشراء من الدهاقين ؟ قال : لايصلح إلا أن يشترى منهم على أن يجعلها للمسلمين ، فان شاء ولي الأمر أن يأخذها

(١) راجع : المصباح المنير للفيومي باب الألف بمادة (الأرض) .

(٢) سورة طه / ١١١ .

(٣) حيث قال في كتاب الجهاد : « القول في احكام الارضين وهي على أقسام أربعة: الاول - المفتوحة عنوة - الى أن يقول: والمراد بالمفتوحة عنوة المأخوذة بالغلبة والقهر والاستيلاء وحكمها على المشهور انها للمسلمين قاطبة لا يختص بها الغانمون وعند بعضهم انها كذلك بعد إخراج الخمس لاهله الى آخر كلامه « قده »

والظاهر عدم الاشكال في تعبيره (قدس سره) بالمشهور اذ هو في قبال قول البعض من انها لجميع المسلمين بعد اخراج الخمس لاهله ، فراجع :

أخـذها . قلنا : فان آخذها منه ؟ قال : يرد اليه رأس ماله ، ولـه ما أكل منها » [١] .

ومنها - صحيحة ابن ربيع الشامي : لاتشتروا من أرض السواد - إلى أن قال - : فانها فيء للمسلمين » [٢]

ومنها - خبر محمد بن شريح : « سألت أبا عبد الله - ع - عن شراء الأرض من أرض الخراج ؟ فكرهه ، وقال : إنما أرض الخراج للمسلمين فقالوا له : فانه يشتريها الرجل ، وعليه خراجها ؟ فقال : لابأس ، إلا أن يستحيي من عيب ذلك » [٣].

ومنها - صحيحة صفوان : « قال : حدثني أبو بردة ، قال : قلت لابي عبد الله (ع) : كيف ترى في شراء أرض الخراج ؟ قال : ومن يبيع ذلك - وهي أرض المسلمين ؟ قال : قلت : يبيعها الذي هي في يده ، قال : ويصنع بخراج المسلمين ماذا ؟ - ثم قال - : لابأس أن يشتري حقه منها ، ويحول حق المسلمين عليه ، ولعله يكون أقوى عليها وأملأ بخراجهم منه » [٤]

ومنها - مرسلة حماد - الطويلة - « ... عن أبي الحسن الأول (ع):

(١) ذكرها الشيخ - قدس سره - في التهذيب في الجزء السابع كتاب التجارات الباب الحادي عشر باب أحكام الأرضين (٦٥٢) (١) وفي آخرها « وله ما أكل من غلتها بما عمل » فراجع :

(٢) ذكرها الشيخ - قدس سره - في التهذيب في (١١) باب أحكام الأرضين (٦٥٣) (٢) : عن أبي الربيع الشامي عن أبي عبد الله - عليه السلام - قال لاتشتر من أرض السواد شيئاً إلا من كانت له ذمة فانما هو فيء للمسلمين .

(٣) ذكره الشيخ - قدس سره - في نفس الباب من التهذيب (٦٥٤) (٣) .

(٤) ذكره الشيخ - قدس سره - فيه في نفس الباب منه (٦٨٦) (٣٥) .

« الأرض التي أخذت عنوة بخيل وركاب ، فهي موقوفة متروكة بيد من يعمرها ويحييها ويقوم عليها على قدر طاقتهم من الخراج : النصف أو الثلث أو الثلثان ، على قـدر مايكون لهم صلاحاً ، ولا يضربهم ، فاذا خرج منها نماؤها فأخرج منه العشر من الجميع فيما سقت السماء أو سقي سيحاً ونصف العشر فيما سقي بالدوالي والنواضح ، فأخذه الوالي ، فوجهه في الوجه الذي وجهه الله له على ثمانية أسهم : للفقراء والمساكين والعاملين عليها والمؤلفة وفي الرقاب والغارمين وفي سبيل الله وابن السبيل ، ثمانية أسهم يقسمها بينهم في مواضعهم بقدر مايستغنون في سنتهم ، بلا ضيق ولا تقتير ، فان فضل شيء من ذلك رد الى الوالي ، وان نقص شيء من ذلك ، ولم يكتفوا به كان على الوالي أن يمونهم من عنده بقدر سعتهم حتى يستغنوا ، ويأخذ بعد مابقي من العشر ، فيقسمه بين الوالي وشركائه الذين هم عمال الأرض واكرتها ، فيدفع اليهم أنصبارهم على ماصالحهم عليه ، ويأخذ الباقي فيكون أرزاق أعوانه على دين الله وفي مصلحة ماينوبه من تقوية الاسلام وتقوية الدين ، وفي وجوه الجهاد ، وغير ذلك مما فيه مصلحة عامة ، وليس لنفسه من ذلك القليل والكثير » (١)

وهي - وان كانت مرسلة - إلا أن الأصحاب تلقوها بالقبول ، فهي منجبرة ، وان تضمنت تقديم الزكاة على الخراج ، وهو - على ماقيل - خلاف المشهور . الى غير ذلك من الأخبار.

والظاهر : أنها لهم على جهة الملكية - كما عن صريح بعض - لمكان اللام والاضافة الظاهرين فيها ، لا على وجه الاختصاص ، ولو من جهة

(١) راجع هذا الحديث - باختلاف بسيط في بعض عباراته - في اصول الكافي للكليني كتاب الحجة باب الفيء والانفال حديث رقم (٤) وفي كتاب وسائل الشيعة للحر العاملي كتاب الجهاد باب كيفية قسمة الغنائم حديث رقم (٢)

اختصاص ارتفاعها بهم لكونه يصرف في مصالحهم - كما في المستند - تبعاً للمحكي عن بعض فيه - ولعله ظاهر (الكفاية) - أيضاً - بدعوى منع ظهور اللام والاضافة في الملكية ، لصدق الإضافة بأدنى الملابسة ، وكون الاختصاص أحد معاني اللام ، مضافاً الى أن الملكية لايمكن أن تكون لغير المعين ، لأنها من الصفات اللازم قيامها بالذات المفقودة في الكلي قبل تشخصه في الخارج ، ولذا يحمل (١) عليها في باب الدعاوى والأقارير والمجاز خير من الاشتراك ، أو المنصرف اليها عند الاطلاق ، بناء على انها حقيقة في مطلق الاختصاص الذي هو القدر المشترك بين جهاته : من الملكية أو الاستحقاق أو الاختصاص الخاص ، لأنها المنسبق الى الذهن من سائر

(١) هذا من كلام المصنف - قدس سره - لبيان أن اللام في قوله - عليه السلام - في صحيحة الحلبي هو لجميع المسلمين، وان الاضافة في قوله - عليه السلام - في صحيحة صفوان وهي أرض المسلمين، وما كان من قبيلها من الروايات ظاهرها كون ذلك لهم على جهة الملكية لا على وجه الاختصاص من حيث اختصاص ارتفاعها بهم - كما في المستند وظاهر الكفاية - فانه لولا الظهور في الملك لما حملنا عليه في الدعاوى والاقارير على ماهو المتسالم عليه . ودعوى صدق الاضافة بادنى الملابسة وكون الاختصاص احد معاني اللام لاينافي ظهورهما في الملكية لامكان كون ذلك على وجه المجاز فانه خير من الاشتراك ، ولو قلنا بان اللام حقيقة في مطلق الاختصاص الذي هو القدر المشترك بين الملكية والاستحقاق والاختصاص الخاص ، فلا ينبغي الريب في ان المنسبق الى الذهن والمنصرف اليه من الجهات هو الملكية ومقتضاه الحمل عليها عندالاطلاق ، و كفاية ادنى الملابسة في صدق الاضافة غاية مقتضاها امكان ارادة الادنى منها لا ايجاب الحمل عليها ، وعلى كل فاللام والاضافة ظاهران في الملكية سواء كان المنشأ هو الوضع او الاطلاق والانصراف هذا حاصل مراد سيدنا - قدس سره - وان كان في العبارة نحو من الغموض .

الجهات وكفاية أدنى الملابسة في الصدق ، غايته أنها مسوغة لإرادة الأدنى منها ، لا أنه موجب للحمل عليها .

وأما الحكم بعدم إمكان كون الملك لغير المعين ، ففيه : أنه إن أريد منه عدم إمكان كون الملك للمالك الكلي ، وأن المالك لابد أن يكون شخصاً خارجياً ، ففيه عدم الفرق في الملكية التي هي عبارة عن العلقة الخاصة الحاصلة بين المالك والمملوك بين طرفيها ، فكما يصح أن يكون المملوك كلياً كالكليات الثابتة في الذمة ، صح أن يكون المالك كلياً - أيضاً - كالخمس والزكاة بعد التعيين وقبل القبض للفقراء والهاشميين والأعيان الموقوفة على العناوين العامة ، كالعلماء والمشتغلين ، بناء على أن الوقف - مطلقاً - ملك للموقوف عليه .

والفرق بدعوى صحة كون المملوك كلياً باعتبار أوله ، وإمكان تشخصه في الخارج الموجود ذلك الكلي فيه ومنطبق عليه ، فهو متمول بهذا الاعتبار يصح تعلق الملكية به .

فبعينه يقال في صحة كون المالك كلياً ، حرفاً بحرف :

وبالجملة ، فالملكية : إما أن تكون بين جزئين شخصيين ، أو كليين أو يكون أحدهما جزئياً والآخر كلياً ، فالصور أربع :

أما الأولى - فكملكية زيد - مثلا - للعين الشخصية الخارجية .

وأما الثانية - فكملكية مقدار من الخمس أو الزكاة الثابتين في ذمة المتلف لها لكلي الفقراء والهاشميين ، ومنه يتضح المثال في الصورتين الأخيرتين - فتأمل (*)

وإن أريد منه لزوم التعيين المقداري ، ففيه - مع امكان منع كونه معتبراً في أصل الملكية وتحققها ، وإن اعتبرناه في صحة المعاملة ، لتعذر

(*) وجه التأمل هو إمكان دعوى كون العناوين العامة كالهاشميين أو الفقراء وغيرها مصرفاً لذلك لا مالكاً له (منه رحمه الله) .

القبض والتسليم مع جهالة المقدار ، فغايته اعتبار تعيينه في الواقع ونفس الأمر ، وإن لم يكن معلوماً في الظاهر ، وهو متعين في علم الله بالنسبة الى المسلمين المالكين لتلك الأراضي . فاذاً : الأقوى إنها لهم على جهة الملكية للرقبة دون الاختصاص ، لكن هل هي لهم بمعنى أنه لكافة أحادهم على سبيل الاستغراق الافرادي كما يعطيه ظاهر النسبة الى جميع المسلمين ، أولكافتهم أوقاطبتهم في الصحيحة الأولى ومعقد بعض الاجماعات المحكية ، أو هي لهم على الجنسية والنوعية الكليين كالامثلة المتقدمة من الخمس والزكاة - وجهان -

ويتبع ملكية الرقبــة ملكية ارتفاعها ، ففي تعيين صرفها لخصوص المصالح العامة المستوية فيها آحاد المسلمين ، أوهو لمطلق المصالح الراجعة لنوعهم ، وإن اختصت المصلحة ببعضهم دون بعض : وجهان ، مبنيان - كما عرفت - على كيفية الملكية للرقبة ، فان قلنا بكونها لآحاد المسلمين كافة - كان نماؤها التابع لها في الملكية لآحادهم - أيضا - وحيث يتعذر التوزيع والقسمة بين الكل تعين الصرف في المصلحة الراجعـــة الى الكل كمعونة الغزاة ومؤنة الولاة والقضاة ومطلق مايرجع الى تقوية الدين ومصالح كافة المسلمين ، كبناء المساجد والقناطر ، فان الحقية ثابتة لكل واحد منهم وان لم يتفق له فعلية الانتفاع ، ضرورة أنه لامعنى لكون الرقبة ملكاً لكل واحد منهم ، ويختص بنمائها البعض ، وان قلنا بملكيتها الكلي المسلمين ونوعهم جاز دفع نمائها للبعض الصادق عليه النوع والكلي ، بل أمكن أن يقال بجواز دفع عين الرقبة - كلا أوبعضاً - له ، لصدق النوع عليـه ، فتكون من دفع المملوك الى مالكه ، إلا أن يقال بظهور الأخبار وكلمات الأصحاب على الملكية المؤبدة لهم وصرف ارتفاعها عليهم كالأعيان الموقوفة لغرض تأبيد العين وتسبيل المنفعة . لم أر في كلماتهم تنقيحاً لذلك .

وظاهر بعض الأخبار ومعقد الاجماعات ، وان اقتضت ملكية الرقبة

لآحادهم الموجبة لاختصاص صرف نمائها في المصالح العامة - إلا أنها معارضة بما دل على حلية أخذ جوائز السلطان الشامل باطلاقه لما كان المأخوذ من الخراج والمقاسمة ، من غير تقييد بكونها من غيرها ، بل في بعضه ماهو نص في ذلك ، ويأتي - إن شاء الله - زيادة توضيح لذلك :

مع عدم حلية ذلك لو كان المصرف خصوص المصالح العامة ، إذ لايجوز صرف حق في غير مصرفه ، فيصلح لأن يكون قرينة لصرف تلك الظواهر وحملها على إرادة نوع المسلمين دون آحادهم ، والجمع والتأكيد إنما هو لتعميم النوع وإفادة عدم الاختصاص ببعض منهم دون بعض وطائفة دون أخرى .

وبالجملة ، فحلية مايؤخذ منها بنحو الهبات والصلات - كما عليه بعض الاجماعات - تكشف عن عدم اختصاص صرفها في المصالح العامة ، وهي انما تتم على ملكية النوع ، دون الآحاد .

هذا ، ولكن كلمات الأصحاب ، وكذا الأخبار الواردة في بيان المصرف كلها مصرحة باختصاصه في المصالح العامة .

اللهم إلا أن يقال : بذل الجوائز والعطايا لكونها من لوازم الرئاسة التي هي من المصالح العامة ، يعد منها أيضا - فهي محسوبة من مؤنة القائم بها .

بقي هنا أمور :

الأول - إن هذه الأراضي ، هل يتعلق بها الخمس ، فيكون الباقي بعد إخراج الخمس منها - وهو الأربعة أخماس - ملكاً للمسلمين ، أوالكل لهم بخمسة أخماسها ؟ قولان :

المشهور هو الأول ، بل في (المبسوط) [1] : إنه يقتضيه المذهب » . بل هو مندرج فى معقد إجماع (المدارك) و (الذخيرة) بل في (الحدائق) :

---

(١) راجع: كتاب الجهاد ، فصل في ذكر مكة هل فتحت عنوة أوصلحا :

« إنه ظاهر كلام الأصحاب » وفي (الجواهر) - بعد نسبته الى ظاهرهم : « كأنه من المسلمات عندهم » وحكي عن بعض : التصريح بالثاني ، بل في (الحدائق) : (إن اختصاص الخمس بالمنقول من الغنائم هو ظاهر الأخبار) : بل فيه : « إنه لم يعرف دليلا ولا وقف على مستند يوجب الخمس في ذلك إلا ظاهر الآية »

قلت : الكلام في هذه المسألة - مرة - من حيث أخبارها ، وأخرى من حيث كلمات الأصحاب فيها .

أما الكلام في الاولى : فهنا طوائف من الأخبار :

واحدة منها - دلت على وجود الخمس في هذه الأراضي بالعموم أو الاطلاق :

وأخرى - على عدمه - كذلك - وكونها للمسلمين ؛

وثالثة - مادل على أن الأرض كلها للامام - عليه السلام - .

فمن الأولى - رواية أبي حمزة : « إن الله جعل لنا - أهل البيت - سهاماً ثلاثة في جميع الفيء - الى أن قال - : وقد حرمناه على جميع الناس ماخلا شيعتنا ، والله ، يا أبا حمزة ، مامن أرض تفتح ، ولا خمس يخمس فيضرب على شيء منه إلا كان حراماً على من يصيبه ، فرجاً كان أو مالا » (١)

وحسنة معاوية بن وهب ، وفيها : « السرية يبعثها الامام فيصيبون غنائم ، كيف يقسمون ؟ قال : إن قاتلوا عليها مع أمير أمره الامام

(١) وسند الحديث - كما عن الوسائل للحر العاملي ، كتاب الخمس ، ابواب الانفال ، باب إباحة حصة الامام من الخمس للشيعة حديث رقم (١٩) - هكذا : وعن علي بن محمد ، عن علي بن العباس ، عن الحسن بن عبدالرحمان عن عاصم بن حميد عن أبي حمزة عن أبي جعفر عليه السلام - في حديث - قال : ان الله جعل .:.

- عليه السلام - أخرج منه الخمس لله وللرسول ، وقسم بينهم أربعة أخماس وإن لم يكونوا قاتلوا عليها المشركين كان كلما غنموا للامام (ع) يجعله حيث أحب » (١)

ورواية أبي بصير : « كل شيء قوتلوا عليه على شهادة أن لا إله إلا الله وأن محمداً رسول الله ، فان لنا خمسه » (٢)

ومن الثانية - : ماتقدم مما دل على كونها للمسلمين ، ومعارضتها للاولى من تعارض العام والخاص المطلق ، الموجب لحمل العام على الخاص أو المطلق على المقيد ، لأن تلك الأخبار التي هي من الطائفة الأولى كعموم الآية الدالة على وجوب الخمس ، شاملة - بعمومها أو إطلاقها للاراضي وغيرها من منقول الغنائم ، وهذه الأخبار التي هي من الطائفة الثانية الدالة كونها للمسلمين مختصة بخصوص الأراضي ، وما لايحول وينقل - وإن كانت مطلقة بالنسبة الى جميعها أو الباقية بعد إخراج الخمس منها - إلا أنها - باطلاقها أخص من الأولى ، والخاص المطلق ، وان كان بالنسبة الى ماهو مندرج فيه - مطلقاً أو عاماً - مقــدم على العام المطلق الشامل له ولغيره ومع وجود المرجحات الداخلية - من العموم والخصوص المطلقين - لايرجع الى المرجحات الخارجية من موافقة الكتاب ومخالفة الجمهور :

---

(١) وسائل الشيعة للحر العاملي ، كتاب الخمس ، أبواب الأنفال وما يختص بالامام حديث رقم (٣) وسند الرواية هكذا : وعنه - أي محمد بن يعقوب - عن أبيه عن معاوية بن وهب قال : قلت لأبي عبدالله (ع) :..

(٢) تمام الرواية وسندها - كما عن الوسائل للحر العاملي : كتاب الخمس أبواب الأنفال باب وجوب ايصال حصة الامام حديث رقم (٩) - هكذا محمد ابن محمد في (المقنعة) عن أبي بصير عن أبي جعفر - عليه السلام - قال : « كل شيء قوتل عليه :.. » .

فمن الغريب : ماوقع من (النراقي) في (مستنـده) حيث جعل التعارض بينهما من العامين من وجه ، فقال - بعد أن أورد تلك الأخبار العامة - مالفظه - : « وهي ، وان كانت معارضة مع عمومات الأخبار المصرحة بأنها لجميع المسلمين بالعموم من وجه إلا أن الترجيح لأخبار الخمس لموافقة الكتاب ، ومخالفة العامة [١] .

ومنه يظهر - أيضاً - : ضعف ماذكره في (الجواهر) من قوله : « كما أن تلك الأخبار الواردة في المفتوحة عنـوة ، وأنهـا ملك المسلمين وكيفية إخراجها ، لايأبى التقييـد بما هنا : من كون ذلك بعد الخمس فان الخاص المطلق يأبى تقييده بالعام كذلك ، وان كان مطلقاً بالنسبة الى ماهو مندرج تحته » .

هذا ، مضافاً الى مايمكن أن يقال : إن الحسنة المتقدمة ظاهرة في المنقول من الغنائم بقرينة تقسيم الباقي بعد الخمس الى خصوص المقاتلين ،

نعم ، ذيل رواية أبي حمزة ، وان صرح بالأرض المفتوحـة ، إلا أنها بقرينة قوله - بعـده - « أوخمس يخمس » ظاهرة في إرادة الانفال منها ، التي كلها للامام ، لظهور المقابلة لما فيه الخمس في ذلك ؛

ومع فرض التسليم ، فهي - أيضاً لشمولها عامر المفتوحة ومواتهـا ورؤوس الجبال وبطون الأوديـة - أعم مطلقاً مما دل على أن المفتوحة للمسلمين ، بعد معلومية تقييدها بالاجماع وغـيره - بالمحياة عند الفتح منها فلا مناص عن كون التعارض بين الطائفتين من العموم والخصوص المطلق

وأما الطائفة الثالثة التي تأتي أخبارها [٢] ، فلادلالة فيها على وجود الخمس في هذه الأراضي ، بل هي دالة على كونها للامام - عليه السلام -

(١) راجع : كتاب المكاسب منه : المسألة التاسعة فرع (ج) .

(٢) بعد قليل بعنوان (المقالة الرابعة في أرض الأنفال) .

فهي من الانفال ، فتكون معارضة لأخبار كونها للمسلمين ، حتى في القدر المسلم كونها لهم :

هذا ، مع أنه أعم منها - مطلقاً - لشمولها لجميع الأراضي ، فيكون التعارض بينها من تعارض العام والخاص المطلق أيضا ، المنتج - بعد الحمل - كون الأراضي كلها للامام -عليه السلام - إلا المفتوحة - عنوة - فانها للمسلمين :

وأما الكلام في الحيثية الثانية - فقد عرفت كلمات الأصحاب فيها ، وأن ثبوت الخمس في هذه الأراضي منسوب - في كلام جماعة - الى ظاهر الأصحاب ، بل صرح غير واحد - ومنهم خالي المجاهد في (المناهل)[1] بظهور دعوى الاتفاق عليه وعدم الخلاف فيه .

مضافاً الى ماعرفت : من أنه مقتضى المذهب في (المبسوط) وانه من الضروريات والمسلمات في (الجواهر) ، ولعل منشأ ذلك ظاهر إطلاق كلام الأصحاب في كتاب الخمس بوجوبه في الغنائم الشامل للمنقول منها وغير المنقول ، وإلا فالمصرح به بالخصوص ليس الا البعض منهم ، وان نسب الى المعظم ، نعم في (المدارك) - في شرح قول مصنفه في تعداد مايجب فيه الخمس : الأول - غنائم دار الحرب مما حواه العسكر وما لم يحوه من أرض وغيرها مالم يكن غصباً من مسلم أو معاهد - قليلا كان أو كثيراً - قال : « هذا الحكم مجمع عليه بين المسلمين »[2] ، ومثله وقع من (الذخيرة) - في شرح قول مصنفه - أيضاً - مع اطلاق معاقد الاجماعات المحكية فوق الاستفاضة على ثبوت الخمس في الغنائم الشامل لها - أيضاً -

(١) صاحب (المناهل في الفقه) هو السيد محمد المجاهد ابن السيد مير علي الطباطبائي صاحب (الرياض) . ووجه تسميته با لخال : حيث أن والدة سيدنا المصنف بنت صاحب الرياض ، فصاحب المناهل خاله بالذات :

(٢) راجع :اول كتاب الخمس من (مدارك الأحكام) للسيد محمد العاملي

هذا، ويختلج بالبال ويخطر في الخيال ، دعوى المناقشة في ذلك كله:

أما ظهور إطـلاق كلامهم في الغنائم في كتاب الخمس ، فمعارض بظهور إطلاق كلامهم في حكم المفتوحة عنوة : أنها للمسلمين من غير تقييد باخراج الخمس منها .

وأما إجماع (المدارك) و (الذخيرة) ، ففيه : إنه ان كان المشار اليه ثبوت الخمس في كلي الغنائم ، فمسلم كونه مجمعاً عليه بين المسلمين لكن لا يجـدي في خصوص الأراضي إلا بنحو العموم والاطلاق ، وهو مخصص كاطلاق معاقد الاجماعات المنقولة على ثبوت الخمس في الغنائم بما دل على عدمه في الأراضي المذكورة . وان كان ثبوته في كل ما اندرج في عبارة المصنف ، فممنوع مسلميته بين المسلمين ، كيف ، وقد تقـدم من (المستند) ترجيح أخبار الخمس بموافقـة الكتاب ومخالفة العامة ، فلعل نسبتها له الى عموم المسلمين ظاهرة في إرادة المعنى الأول .

وأما إطلاق معاقـد الاجماعات المحكية على ثبوت الخمس في الغنائم فهي - كما عرفت - مخصصة كعمومات الكتاب والسـنة بما يعارضها من الأخبار الخاصة الواردة في المفتوحة عنوة بأنها للمسلمين .

فـلم يبق في المقام لثبوت الخمس الا الشهرة التي لاتنهض لاثبات الحكم بها على تقدير تحققها .

لـكن - مع ذلك - الأقوى ثبوت الخمس فيها - أيضاً - كغيرها من منقول الغنائم ، لظهور الاتفاق من إطلاق كلامهم في كتاب الخمس المتكفل لبيان مايجب فيه الخمس بثبوته في غنائم دار الحرب ، من غـير تقييد لها بالمنقول منها ، مع كونه مقام بيان التخصيص ، لو كان الثبوت مختصاً ببعضها .

وهذا بخلاف إطلاقات كلامهم في حكم الأراضي المفتوحة عنوة في

كتاب الجهاد - فانها مسوقة لبيان عدم اختصاصها كالمنقول منها بالمقاتلين وكونها لكافة المسلمين ، واكتفاء منهم في بيان تعلق الخمس بها بما بينوه في محله - من كتاب الخمس - لأنه المقرر لتعيين مايجب فيه الخمس ، دون كتاب الجهاد ، وإحياء الموات .

ومثله الكلام في إطلاق الأخبار المتقدمة الواردة في حكم الأراضي المزبورة وكونها للمسلمين وفيئاً لهم ، دفعاً لما يتوهم من كونها مختصة بالمقاتلين منهم : فلا معارضة بينها وبين عمومات الكتاب والنصوص بعد أن كان موردها بحسب السياق مختصاً بغير الخمس منها ، فتبقى العمومات والاطلاقات من الكتاب والسنة والاجماعات سليمة عن المعارض كافية وافية في إفادة المطلوب من ثبوت الخمس فيها ، مؤيدة بالشهرة العظيمة وتصريح الأساطين بذلك ، بل لم نعثر على من صرح بالعدم عدى (الحدائق) ، وان نسب الى بعض - وباخبار حل الشيعة ماهولهم مما في أيديهم مما يأخذونه من السلطان ، بقرينة كون المأخوذ - غالباً - من الخراج والمقاسمة ، من غير فرق في الحلية بين حصته وحصه قبيلته ، ولا استبعاد في إباحتهم لحصة قبيلتهم من الأسهم الثلاثة الأخر بعد أن كان زيادتهم له ونقصهم عليه .

الأمر الثاني : على ماهو الأقوى من ملك الرقبة وتعلق الخمس بها

فهل يتعين إخراجه من العين - كما عن ظاهر المبسوط والسرائر - أو من حاصلاتها - كما عن ظاهر التحرير - أو التخيير بينهما - كما عن صريح الشرائع والقواعد - احتمالات ، بل لعلها أقوال ، أقواها الأخير . ولعل الأولين يرجعان اليه :

وعلى تقدير الافراز من العين - كلا أو بعضاً أو قطعة قطعة - فلابد من التعديل - أولا - ثم القسمة بعده على حد القسمة في المشتركات .

الامر الثالث ـ مايأخـذه السلطان من طرف أجرة الأرض باسم الخراج أو المقاسمة ، إنما يأخـذه بدلا عن مجموع الأرض ، لاعن غـير الخمس منها ، فالخمس في الخراج وداخل في القبالة ، لاني حصة المتقبل التي هي عوض عمله ، ولا موزع عليها . فلا يتوهم اختصاص صحة التقبيل من السلطان وبراءة ذمة المتقبل بدفع القبالة اليه بغير الخمس من الاربعة أخماس ، اقتصاراً على القدر المتيقن مما أمضاه الشارع بالنسبة الى ما كان راجعاً الى المسلمين ـ كافـة ـ فيبقى الخمس مندرجاً تحت الأصل وما تقتضيه القواعد العامة ، لاطلاق مادل على الخراج والمقاسمة المفروض كونها بدلا وقبالة عن مجموع الأرض ، لاخصوص غير الخمس منها .

الامر الرابع ـ الأقوى ثبوت الخمس في الخراج ـ مطلقا في زماني الحضور والغيبة ـ وان قلنا بتعميم أخبار التحليل والاباحة منهم لشيعتهم لها ، لامختصاً بمـا كان مختصاً بهم من أراضى الأنفال ، ونحوها ، لأن مفادها ـ ظاهراً ـ علي تقـدير القول به ـ هو حلية الأخذ وإباحة التناول مما فيه الخمس من الخراج ، لاسقوطه من أصله ، كاباحتهم للخمس في المتاجر بالنسبـة الى مايؤخذ منها مما فيه الخمس ، لا سقوط الخمس من أرباح التجارات .

خلافاً لظاهر المحكي في (الكفاية) عن بعض (حواشي القواعد) : من التفصيـل بـين زماني الحضور والغيبـة ، حيث قال المحشي ـ في شرح قوله (يخرج منـه الخمس) ـ : « هـذا فى حال ظهور الامام وأما في حال الغيبـة ففي الأخبـار مايـدل على أنـه لا خمس فيـه » انتهى .

ولعل نظره في ذلك الى أخبار التحليل والاباحة .

وفيه ـ مع ماعرفت : من مفـاد تلك الأخبار على تقـدير شمولها

للأراضي الخراجيــة ـ : أنه لا ملازمة بين الاباحة والسقوط من أصله ، بل هي على عدمه أدل .

وتظهر الثمرة بينهما في جواز السرقة منه بمقداره ، وعدمه ، بناء على القول بوجوب دفع الخراج الى السلطان ـ مطلقاً ـ أو مع مطالبته ، وجواز التملك لرقبتها احتساباً من الخمس بمقداره ، فيختص بتملكه المحتسب له وإباحة التصرف فيها بخص الامام من سهمه منه للشيعة ـ مطلقاً ـ بناء على تحليل الشيعة لما يخصهم من الأراضي كذلك :

مضافاً إلى أن الاباحة والاذن العام منهم وقع ممتــداً من زمان حضورهم الى زمان الظهور ـ عجل الله فرجه ـ فلا معنى ـ حينئذ ـ للتفصيل بين الحضور والغيبة .

الأمر الخامس ـ ما دل على كون الأراضي كلها للامام عليه السلام بالاطلاق أو العموم ، كخبر عمر بن يزيد : قال رأيت مسمعاً بالمدينة ـ وقد كان حمل إلى أبي عبد الله (ع) مالا ، فرده عليه ، فقلت : لم رده عليك ؟ فقال : « إني قلت ـ حين حملت اليه المال ـ : إني وليت البحرين الغوص ، فأصبت أربعمائة الف درهم ، وقد جئتك بخمسها ثمانين الف درهم وكرهت ، أن أحبسها عنك ، وأعرض لها ـ وهي حقك الذي جعله الله لك في أموالنا ـ فقال : أوما لنا من الأرض ، وما أخرج الله عنها إلا الخمس ؟ إن الأرض كلها لنا ، فما أخرج الله منها من شيء فهو لنا ، فقلت : وأنا أحمل اليك المال كله ، فقال : يا أبا سيار ، قد طيبناه لك وأحللناك منه ، فضم اليك مالك ، وكل ما في أيدي شيعتنا من الأرض فهم فيه محللون يحل ذلك لهم حتى يقوم قائمنا ، فيجبيهم طسق (١) ما كان

(١) الطسق ـ بالفتح ـ : مكيال ، أو ما يوضع من الخراج على الجربان ، أو شبه ضريبة معلومة وكأنه مولد أو معرب (القاموس للفيروزآبادي) .

في أيديهم ، وبترك الأرض في أيديهم ، وأما ماكان في أيدي غيرهم ، فان كسبهم من الأرض حرام عليهم حتى يقوم قائمنا ، فيأخذ الأرض من أيديهم . . . » الحديث (١) .

يجب تقييدها ، أو تخصيصها بتلك الأخبار المتقدمة الدالة على كون الأرض المفتوحة عنوة للمسلمين ، لكون المعارضة بينهما من تعارض العام والخاص المطلق .

نعم ، يمكن أن يقال - بل قيل - : بكونها للامام عليه السلام ايضاً - بوجه آخر ، وهو أنه يشترط في كون المنقول من الغنيمة بعد إخراج الخمس للمقاتلين ، وغير المنقول منها كذلك للمسلمين : أن يكون الاغتنام باذن الامام (ع) وإلا فالكل له مختص به وهو من الأنفال .

وعليه ، فما وقع من الفتوحات الاسلامية بعد زمن النبي (ص) مما لم يكن الامام فيه مبسوط اليد يقتضي أن يكون كله للامام عليه السلام سيما وكون الاذن - حيث شك فيه - كان مقتضى الأصل عدمه .

قال الشيخ - رحمه الله - في (المبسوط) - بعد ذكر حكم هذه الأراضي من كونها بعد اخراج الخمس منها للمسلمين وغير ذلك - ما لفظه : « وعلى الرواية التي رواها أصحابنا : إن كل فرقة غزت بغير الامام فغنمت تكون الغنيمة للامام (ع) خاصة ، وتكون من جملة الانفال التي لا يشاركه فيها غيره (٢) » إنتهى .

---

(١) راجع : وسائل الشيعة للحر العاملي ، كتاب الخمس ، باب إباحة حصة الامام من الخمس للشيعة ، حديث رقم (١٢) ، باختلاف بسيط في اوائل الحديث وذكره النراقي باقتضاب في (مستنده ج ٢) آخر كتاب الخمس .

(٢) راجع منه : كتاب الجهاد ، فصل في ذكر مكة هل فتحت عنوة أو صلحاً . . .

وإن سار الامام عليه السلام فيها بالخراج أيام خلافته الظاهرة بسيرة من تقدم عليه من الخلفاء الثلاثة ، لعدم تمكنه من التغيير والتبديل ، سيما في مثل هذا الحكم ، بدعواه اختصاص ارتفاع هذه الأراضي بنفسه دون غيره من المسلمين :

وبناسبه أخبار تحليل الخراج لشيعتهم (١) ، المشعر بكونه مختصاً بهم من غير حاجة إلى تكلف التوجيه لاباحة حصة قبيلتهم ، فتكون هذه الأراضي بحكم المفتوحة عنوة ، كما حكاه النراقي في (مستنده) ـ بعد أن اختاره عن بعض ، بل عن صريح الأكثر ـ (٢) :

لكن ـ مع ذلك ـ الأقوى كونها من المفتوحة عنوة ، موضوعاً لا حكماً ـ لأن الظاهر تحقق الأذن منهم ، ويكشف عند إخبارهم لها بكونها للمسلمين في تلك الأخبار المتقدمة ـ بعد تقييدها بما دل على اعتبار

---

(١) كخبر عمر بن يزيد المتقدم ـ آنفاً ـ وبهذا المضمون أخبار كثيرة ـ في تحليل ما كان لهم عليهم السلام ـ فهو لشيعتهم . راجع عنها : كتاب الخمس من (مستند الشيعة للنراقي ج ٢) المقصد الثالث في قسمة الخمس ، المسألة الثالثة .

(٢) مراده : ان أخبار تحليل الأئمة عليهم السلام الخراج لشيعتهم المشعر بكون الخراج من مختصاتهم ولا يشاركهم فيه غيرهم ، تناسب ما ذكرناه من اشتراط كون الاغتنام باذن الامام في كون الغنيمة في المنقول بعد اخراج الخمس للمقاتلين وفي غير المنقول منها بعد اخراجه للمسلمين ، واما في صورة عدم الاذن منه عليه السلام فالكل له وهو من الانفال . وعليه فلا حاجة الى تكلف توجيه تحليل الأئمة عليهم السلام حصة قبيلتهم من الأسهم الثلاثة التي هي للهاشميين وهو نصف الخمس بان زيادتهم للامام عليه السلام ونقصهم عليه وان لم يكن فيه استبعاد ، ولكن ماذكرناه من كون ذلك من الأنفال المختص بهم عليهم السلام اقرب .

الاذن في ذلك نصاً وفتوى - كما يأتي - :

واختصاص بعضها - سؤالا وجواباً - بأرض السواد لا يضر مع تعميم الباقي لمطلق أرض الخراج ، سيما مع ورود نحو صحيحة محمد بن مسلم عن أبي جعفر (ع) قال : « سألته عن سيرة الامام (ع) في الأرض التي فتحت بعد رسول الله (ص) ، فقال : إن امير المؤمنين (ع) قد سار في أهل العراق بسيرة ، فهي إمام لسائر الأرضين : : . » الخبير [1] الدالة على تبعيتها لها في الحكم .

مضافاً إلى ما عن (الخصال) - في الابواب السبعة - مسنداً الى جابر الجعفي عن أبي جعفر (ع) : أنه « أتى يهودي أمير المؤمنين (ع) في منصرفه عن وقعة (النهروان) فسأله عن تلك المواطن - وفيه قوله - : وأما الرابعة - يعني من المواطن الممتحن فيها بعد النبي (ص) - فان القائم بعد صاحبه - يعني : عمر - كان يشاورني في موارد الأمور ، فيصدرها عن أمري ويناظرني في غوامضها ، فيمضيها عن رأيي ، لا يعلمه أحد ولا يعلمه أصحابي ، ولا يناظرني غيره : : : » الخبر [2] :

ومن المعلوم : أن جهاد الكفار وقتالهم من أعظم الأمور وأغمض الغوامض :

بل استفاض النقل في مشاورتهم لأمير المؤمنين - عليه السلام - في

(١) راجع : مكاسب الشيخ الانصاري ، في آن الاراضي المفتوحة بعد النبي باذن الامام لعامة المسلمين : ومنتهى العلامة : كتاب الجهاد آخر أحكام المساجد والابنية والمساكن :

(٢) راجع : خصال الصدوق - في الأبواب السبعة - : ج ٢ ص ٢١ طبع مطبعة الشفقي ايران سنة ١٣٧٤ هـ .

عظائم الأمور ، ولا يعدون رأيه ، سيما في الحروب (١) :

مؤيداً بما اشتهر من وجود أبي محمد الحسن بن علي (ع) في العسكر وإن كنت لم أتحققه (٢) .

ودخول أصحاب أمير المؤمنين (ع) في أعمالهم كعمار بن ياسر ، وسلمان الفارسي وغيرهما (٣) .

هذا ، وذكر شيخنا (المرتضى) في (مكاسبه) وجوهاً ثلاثة لاثبات الاذن منهم - عليهم السلام - زيادة على ما ذكرنا :

الأول - ما أشار إليه بقوله : « مضافاً إلى ذلك أنه يمكن الاكتفاء عن اذن الامام المنصوص في مرسلة الوراق - بالعلم بشاهد الحال برضاء أمير المؤمنين - عليه السلام - وسائر الأئمة بالفتوحات الاسلامية الموجبة لتأييد هذا الدين ، وقد ورد : أن الله - تعالى - يؤيد هذا الدين بأقوام لاخلاق لهم منه » انتهى (٤) .

ولعل نظره إلى الاكتفاء بالرضا القلبي المستكشف - مرة - بالاذن ، وأخرى - بشاهد الحال . ولا خصوصية للاذن في مقام الكشف ، وان

---

(١) راجع - في تفصيل هذا الموضوع - كتاب علي مع الخلفاء للشيخ المحقق الثبت نجم الدين العسكري فقد أحصى فيه مواضع رجوع الخلفاء والصحابة الى امير المؤمنين عليه السلام :

(٢) لم نجد - رغم تتبعنا حسب الامكان - مصدراً تأريخياً صحيحاً يذكر ذلك

(٣) فعمار ابن ياسر استعمله عمر بن الخطاب على الكوفة بعد فتح العراق ، وسلمان الفارسي استعمله على المدائن وابن مسعود قاضياً واميناً للمال بعد فتح العراق وغنمها من الفرس :

(٤) مكاسب الشيخ الأنصاري : في حكم الأراضي المفتوحة بعد النبي باذن الامام .

وقع التعبير به للغلبة ، فالعبرة بالمنكشف دون الكاشف .

وفيه : إن الاستكشاف بشاهد الحال : إن كان عند الاقدام على الجهاد ، فممنوع إحرازه به ، لعدم معلومية تعقب الفتح والغلبة الموجب للقوة ، وإن كان بعد تحقق الفتح المستلزم للرضا القلبي ، فمع أن الرضا المتأخر لا يجدى بالنسبة إلى ما كان هو شرطاً فيه عند الاقدام عليه ، لا يبقى مورد لاعتباره في قسمة الغنائم ، إذ الفتح - حينئذ - لا ينفك عن الاذن ، ومع عدمه لا غنيمة حتى تكون من الانفال ، ولو فرض مورد لذلك فهو من النادر الذي يأبى حمل اخبار اعتبار هذا الشرط وكلمات الأصحاب عليه .

لا يقال : إن تقوية الدين مرضية عند الامام - عليه السلام - وهي موقوفة على الجهاد والاقدام على القتال ، وما يتوقف عليه الفعل المرضي مرضي ، فالجهاد مرضي .

لأن المتوقف عليه كلي الجهاد ، دون الوقائع الشخصية المعتبر فيها الاذن : ولو سلم ، ففيه ما عرفت من عدم بقاء مورد لاعتبار هذا الشرط لانها - حينئذ - تكون من القضية الدائمة لاينفك الرضا عنه .

الثاني ما ذكره مما يرجع ملخصه الى التمسك باصالة الصحة في الغزو الصادر من الغزاة ، أى حمل فعل المسلم على الوجه الصحيح ، حيث قال : « مع أنه يمكن أن يقال بحمل الصادر من الغزاة من فتح البلاد على الوجه الصحيح ، وهو كونه بأمر الامام - عليه السلام - » (١) .

وفيه : أنه لا وجه للحمل على الصحة في نحو هذه الافعال المبتنية على أساس يأبى الحمل عليها ، كيف ، وهم لا يرون لهذا الفعل من حيثية اعتبار الإذن وعدمه ، اتصافاً بالصحة والفساد ، حتى يتجنبوا الفرد

---

(١) المصدر نفسه بعد تلك الجملة .

الفاسد منها ، فافهم .

الثالث ـ ما ذكره بقوله : « مع أنه يمكن أن يقال : إن عموم ما دل من الأخبار الكثيرة على تقييد الأرض المعدودة من الانفال بكونها مما لا يوجف عليه بخيل ولا ركاب ، وعلى أن ما اخذت بالسيف من الأرضين بصرف حاصلها في مصالح المسلمين ، معارض بالعموم من وجه لمرسلة الوراق ، فيرجع الى عموم قوله تعالى : « واعلموا انما غنمتم من شيء فأن لله خمسه وللرسول ولذي القربى ... » الآية ، فيكون الباقي للمسلمين إذ ليس لمن قاتل شيء من الأرضين نصاً واجماعاً » انتهى [(١)] .

وملخص كلامه وخلاصة مرامه : كون المعارضة بين المرسلة وبين الأخبار من تعارض العامين من وجه ، لكون المرسلة موردها مطلق الغنيمة الشاملة للاراضي وغيرها ، وتلك الأخبار ، وإن اختصت بالأراضي إلا أنها مطلقة من حيث اعتبار الاذن ، وعدمه . وبعد التعارض فليرجع إلى عموم الآية ، الدالة على كون الخمس منها للامام ، وحينئذ ، فالباقي من الأراضي إما أن يكون لخصوص المقاتلة ـ ولا قائل به ـ فتعين كونه للمسلمين :

وفيه : إن المدعى هو وقوع الفتح عن إذنهم ، كما هو صريح كلامه قبل تعداد الوجوه التي اقامها عليه ، وهو لا يثبت بما ذكره من الوجه الأخير لأن الثابت به ـ على تقدير تماميته ـ هو كونها للمسلمين ، وهو أعم من تحقق الاذان المعتبر ، أو عدم اعتباره من أصله ، والعام لا يدل على خصوص الخاص وإن فرض اعراضه عن الدعوى المزبورة ورجوعه إلى أصل المسألة من اعتبار الاذن وعدمه ، فنمنع الرجوع إلى عموم الآية بمجرد معارضة الأخبار بالعموم من وجه ، للمرسلة المنجبرة المرجحة بالمرجحات الكثيرة الموجبة لتقييد غيرها من عمومات الأخبار ، بل وعموم

(١) المصدر نفسه بعد تلك الجملة.

الآية بها - كما ستقف عليه - ان شاء الله - عند تعرضنا له في الأنفال .

الأمر السادس - ما يفتح من الأراضي عنوة في زمان الغيبة بالجهاد دفاعاً اذا استلزم ذلك كان - أيضاً - للمسلمين ، لأنه من الاغتنام مع إذن الامام (ع) بالاذن العام ، لوجوب الدفاع عن بيضة الاسلام ، وأما الجهاد - لا عن دفاع - ففي كونها للمسلمين كافة أو للامام (ع) خاصة وجهان مبنيان على اعتبار الاذن وعدمه ، إذ لم يعلم الاذن منهم في الغيبة على الجهاد الابتدائي الا بدعوى العلم بشاهد الحال وقد عرفت ما فيه .

الأمر السابع - : لا تخرج الأراضي عن كونها خراجية بتغلب الكفار عليها ، فلو عادت الى المسلمين - ثانياً - ضرب عليها الخراج ، وان كان العود عليهم لا بالغلبة منهم ، بل بالانجلاء عنها ونحوه ، لدخولها في ملكهم - أولاً - بالفتح عنوة وعدم وجود ما يوجب خروجها عنه ، وان هي إلا كالأعيان المغصوبة عندهم ، فهي باقية على حكمها الأولي من كونها للمسلمين وإن كانت تحت يد الكفار .

الأمر الثامن - : المراد بالمعمورة عند الفتح وكونها للمسلمين : كونها لهم بعماراتها الكائنة فيها ، فما فيها من الدور والقصور وسائر الآثار من النخيل والأشجار بأراضيها للمسلمين ، إذ لا فرق في صدق المعمورة بين كونها عامرة بنفسها كالمزارع ، أو من حيث وجود العمارة فيها كالدور والعقار . نعم العمارات المستحدثة بعد الفتح لأربابها المحدثين لها لايشاركهم فيها غيرهم :

فاذا عرفت أن الأرض - بما فيها من العمارات والآثار الكائنة عند الفتح - للمسلمين ، أشكل الحكم في ملكية ما يصنع من تلك الأراضي من الآلات والأواني كالجص والآجر والكيزان المعمولة من طينها ، وأشكل

منه ، تملك ما يستخرجونه من تلك الأبنية القديمة بحفر او قلع مما كانت عمارة قبل الفتح وعند الفتح ، ولو بمعونة إصالة تأخر الخراب عن الفتح المعلوم تأريخه كالمدائن ، ولعل منها (الخورنق) ، وأراضي (بابل) ، ونحو ذلك من الآثار القديمة . فالأبنية المستحدثة بعد الفتح من تلك الآثار القديمة والمعمولة من هذه الأراضي ، ينبغي أن تكون - أيضاً - للمسلمين ، فكيف تكون ملكاً خاصاً ؟ فضلا عن تملك الأرض تبعاً لها مع إجراء أحكام الملك الخاص على كل من القسمين من النقل والانتقال ونحو ذلك : ولذا اعتبر العلامة - رحمه الله - وجماعة - على ما حكي عنهم - في صحة رهن الآثار المستحدثة في المفتوحة عنوة - أن لا تكون معمولة من تلك الأراضي .

ودعوى كونها بالانفصال والهدم صارت مواتاً ، وبالأعمال فيها عادت محياة ، فيملكها المحي لها ، لعموم أخبار الإحياء ، مع منع دعوى انصرافها الى غير ذلك لكونه من الانصرافات البدوية التي لا يعول عليها ء

فاسدة ، لأنه على تقدير تسليم منع الانصراف وشمول الأخبار لمثل ذلك - أرضاً وحياة ومماتاً - أن التملك بالأحياء مشروط بعدم سبق الملك لمالك معلوم بغير الاحياء ، وهاهنا المالك معلوم ، وهم المسلمون ، والملكية لهم بالاغتنام ، فلا تكون مشمولة لأخبار التملك بالاحياء : وحينئذ ، فالقاعدة تقتضي توقف تملكها على الشراء من السلطان أو الحاكم وصرف الثمن في مصالح المسلمين ء أولا أقل من الاستيذان من أحدهما ، مع امكان أن يقال : لا مدخلية للسلطان فيه ، لأن القدر المأذون في تناوله منفعة الارض ، لا أجزاؤها . إلا أن يكون الأخذ على وجه الانتفاع لا التملك فيجوز ، مع أن عمل الناس وسيرتهم على التملك من دون توقفه على شيء من ذلك .

هذا ولعل الوجه في صحة التملك : هو أن يقال : إن المنفصلة من

أجزاء الأرض لعمل اللبن والأواني وسائر الآلات المحتاج لها والمضطر اليها عموم الناس - تعد من منافعها ، وان كانت عند الاتصال بها وقبل الانفصال عنها تعد من عين الرقبة ، فعموم الانتفاع بالأجزاء المنفصلة موجب لصدق المنفعة عليها وإن كانت هي من الأعيان الخارجية ، وهذه المنفعة مبذولة للمسلمين - كافة - من غير تخصيص من هذه الحيثية ببعض دون بعض ، وان كان المأخوذ يختص به الآخذ ، والعبرة بعموم البذل في صدق كونها مصروفة في المصالح العامة ، فهو بحكم المباح ، وان كان ملكاً للجميع ، لعموم البذل ، فيختص به من سبق اليه ، لعموم قوله (ص) « من سبق الى مالم يسبق اليه أحد : . . . » (١) .

وإن أبيت إلا لزوم تحقق الاذن مع ذلك - أيضاً - فهو متحقق بالسيرة القطعية الكاشفة عن ذلك .

هذا بالنسبة إلى ما يعمل من الأرض كاللبن والأواني . وأما المستخرجة منها من تلك العمارات القديمة مما هو مدفون في الأرض بعد هدمها ، فقد يقال : إنها تعد من أجزاء الأرض كالمتخلفة في ممر المياه من الطين والرمل من غير فرق بين أساس العمارة في الأرض ومهدومها ، فيكون - حينئذ - حكمه حكم ما مر من الأجزاء المنفصلة . نعم ، الآثار القائمة على الارض مما لا يعد جزء منها كطاق كسرى ونحوه ، يشكل تملكها بالقلع إلا باذن السلطان أو الحاكم ، ولا حرج في الالتزام بذلك - بخصوصه - ولم تقم سيرة عليه كذلك .

الأمر التاسع — : يتفرع على ما ذكرنا - مما هو المجمع عليه : من كون المفتوحة عنوة للمسلمين - قاطبة - : أنه لا يجوز التصرف فيها

(١) راجع الجامع الصغير للسيوطي في مادة (من) وفيه : الى مالم يسبقه إليه مسلم فهو له .

بالبيع والشراء وسائر النواقل المملكة لها ولارهنها ولاوقفها، بل، ولا يصح تعميرها بدون إذن ببناء دور ومنازل وسائر الآثار من غرس نخيل وأشجار

قال في (المبسوط) : «ولا يصح بيع شيء من هذه الأراضي ولاهبته ولا معاوضته ولا تمليكه ولا وقفه ولا رهنه ولا إرثه، ولا يصح أن يبنى دوراً ولا منازل ولا مساجد ولا سقايات ولا غير ذلك من انواع التصرف، ومتى فعل شيئاً من ذلك كان التصرف باطلا، وهو باق على الأصل» انتهى (١) .

وتنقيح هذه المسألة يتم ببسط الكلام في طي مقامين :

الأول - هل يجوز إيجاد العمارة وإحداث الآثار في المفتوحة عنوة من دون توقف على الاذن من الامام - عليه السلام - أو من يقوم مقامه أو لا يجوز إلا باذن منه ؟ :

فنقول : مقتضى الأصل الأولي فيما كان مملوكاً للمسلمين - كافة - هو العدم الحاكم على إصالة الاباحة في الأشياء . ولكن قد يقال بالخروج عنه، والحكم بالجواز : إما مطلقاً ، لأخبار التحليل ، أو التفصيل بين ما عرض له الموت بعد الحياة عند الفتح ، لعموم أخبار الاحياء ، وبين ما كان باقياً عليها .

وفيه : أما اخبار التحليل ، فهي مختصة بما كان لهم من الانفال ، دون ما كان للمسلمين ، ولهم ولاية النظر فيها . وأما أخبار الاحياء ، فهي مقيدة بعدم سبق الملكيـة لمالك معلوم - وفي الفرض مملوك والمالك معلوم وهو المسلمون :

فاذاً ، لامناص عن القول بالتوقف على إذن الإمام ، أو من يقوم مقامه ، وهو لاينافي الحكم بملكية الآثار لمن كانت يده عليها ، حملا للتصرفات

---

(١) راجع: كتاب الجهاد منه: فصل في ذكر مكة هل فتحت عنوة أو صلحاً

على الوجه الصحيح : من تحقق الاذن عند ايجادها وإحداثها .

ودعوى سقوط اعتبار الإذن في زمان الغيبة ، أو تحققها فيه ، على عهدة مدعيها .

وقياسه بالأجزاء المنفصلة منها لعمل الآلات والأواني ، لعموم الانتفاع ومسيس الحاجة - أيضاً - قياس مع الفارق . والسيرة عليها بدون الاذن ممنوعة .

الثاني - اختلفت كلماتهم : في عدم جواز بيع المفتوحة عنوة ، وغيره من النواقل - لعدم التملك مطلقاً - أو جوازه كذلك ، أو التفصيل بين جواز بيعها تبعاً للاثار - بناء على انها تملك تبعاً لها ، فيدخل في المبيع بالتبعية أوالجزئية ، أو التفصيل بين زماني الحضور والغيبة - كما نسب الى الدروس - وان كان في النسبة نظرُ - كما ستعرفه عند التعرض لكلامه - : أقوال :

ذهب الى الأول منها - جم غفير ، وهو المحكي عن الشيخ في كتابيه : النهاية (١) والمبسوط - في مواضع منها (٢) وابن إدريس - في موضع من السرائر - حتى أنه أورد على نفسه - بعد المنع عنه مطلقاً - بما نصه : « فان قيل : نراكم تبيعون وتقفون أرض العراق - وقد أخذت عنوة ، قلنا : انا نبيع ونقف تحجيرنا وبناءنا ، فأما نفس الأرض لايجوز

---

(١) راجع كتاب النهاية - آخر كتاب الزكاة - باب أحكام الأرضين حيث يقول في تقسيمها : « وهذا الضرب من الأرضين - أي المفتوحة عنوة - لايصح التصرف فيه بالبيع والشراء والتملك والوقف والصدقات » ! .

(٢) - كما سبق آنفا - عن المبسوط كتاب الجهاد ، فصل في ذكر مكة هل فتحت عنوة أم صلحاً ؟

ذلك فيها » (١) :

بل قيل : هو المشهور ، ولا سيما بين القدماء ، بل نسب القول بالجواز الى الشذوذ - كما عن موضع آخر من السرائر - نقلا عن الشيخ : انه اذا حجر أرضاً ثم باعها لم يصح بيعها ، وفي الناس من قال : انه يصح وهو شاذ ، وأما عندنا فلا يصح بيعه . . . » الخ (٢) .

بل ظاهر (الغنية) والكركي في (قاطعة اللجاج) دعوى الاجماع :

قال - في الأول - : « وهذه الأرض المفتوحة عنوة بالسيف لايجوز التصرف فيها ببيع ولا وقف ولا غيرها - ثم ذكر أحكامها ، وما يختص بالإمام - عليه السلام - من الأنفال - الى أن قال : ودليل ذلك كله الاجماع المتكرر » (٣) .

وقال - في الثاني - : « . . . قال الشيخ في المبسوط والنهاية ، وكافة الأصحاب : لايجوز بيع هذه الأرض ولا هبتها ولا وقفها » انتهى (٤)

(١) راجع من (السرائر) آخر كتاب الزكاة ، باب أحكام الأرضين وما يصح التصرف فيه ، ومالايصح ، وقبل هذه العبارة وتمامها هكذا : « وهذا الضرب من الأرضين - أي المفتوحة عنوة - لايصح التصرف فيه بالبيع والشراء والوقف والهبة وغير ذلك . . . » :

(٢) راجع هذه الجملة في آخر باب أحكام الأرضين من السرائر اثناء عرض الآراء في المسألة :

(٣) راجع ذلك في آخر كتاب الجهاد من (الغنية لابن زهرة) المطبوع في ايران ضمن جوامع الفقه :

(٤) راجع : المسألة الثالثة من المقدمة الثانية - في حكم المفتوحة عنوة - من الرسالة وهي مطبوعة - كما مر عليك - ضمن مجموعة رسائل رضاعية وخراجية في ايران .

والى الثـاني ـ السبزواري في (الكفـاية) (١) والسيد العاملي في (مفتاح الكرامة) (٢) ـ في ظاهر كلاميهما ـ .

والي الثالث ـ جمع كثير ـ كما عن التحرير ، والمختلف ، والمنتهى (٣) وحواشي الشهيد ، واللمعة ، والروضة ، والمسالك ، وموضع من التذكرة والسرائر . وفي (المسالك) نسبه الى جمع من المتأخرين (٤) . بل نسبه بعضهم الى مشهورهم : بل عن حواشي الشهيد : دخولها في المبيع بنحو الجزئية ، دون التبعية المحضة حيث قال ـ : « اذا بيعت تبعاً للآثار جاز أن تكون مجهولة ، والأولى أنها جزء المبيع ، فلابد من العلم بها أيضاً » ،

وقال في (الدروس) : « لا يجوز التصرف في المفتوحة عنوة إلا باذن الامام ـ عليه السلام ـ سواء كان بالبيع أو الوقف أو غيرهما ، نعم فى حال الغيبة ينفذ ذلك ، وأطلق في (المبسوط) : أن التصرف

---

(١) حيث يقول في كتاب الجهاد المبحث السابع ـ بعد تعرضه لقول الشيخ في المبسوط ، والشهيد في الدروس بالمنع ـ « والأقرب القول بالجواز . . . » .

(٢) راجع ذلك في أوائل كتاب إحياء الموات منه :

(٣) راجع ـ من مختلف العلامة ـ كتاب الجهاد ، آخر الفصل الخامس في أحكام الأرضين . ومن المنتهى للعلامة أيضاً كتاب الجهاد ، البحث الثالث في أحكام الأرضين :

(٤) قال الشهيد في المسالك في شرح قول المحقق : ولا يجوز بيعها « . . . فاذا باعها بائع مع شيء من هذه الآثار دخلت في البيع على سبيل التبع ، وكذا الوقف وغيره ، ويستمر كذلك ما دام شيء من الآثار باقياً ، فاذا ذهبت أجمع انقطع حق المشتري والموقوف عليه وغيرهما عنها هكذا ذكره جمع من المتأخرين ، وعليه العمل » .

فيها لا ينفذ » (١) .

وقال ابن ادريس : « إنما يباع تحجيرنا وبناؤنا وتصرفنا في نفس الأرض » إنتهى (٢) .

ونسب اليه القول بالتفصيل بين زماني الحضور والغيبة : بعض مشايخنا منهم شيخنا في (الجواهر) والفاضل الجواد في (شرح اللمعتين) .

بل استظهر منه في (مفتاح الكرامة) : جواز بيعها مجردة عن الآثار :

قلت : وظاهر عبارته ـ وان أوهم ذلك في بادىء النظر ـ إلا أنه بعد ادنى التأمل فيها ـ تجدها ظـاهرة في التفصيل بين الزمانين في أصل التصرف باحداث الآثار ، وانه لايجوز في زمان الحضور إلا باذن الإمام عليه السلام ويسقط اعتبار الاذن فيه ، فيصح وينفذ في زمان الغيبة . فهو قائل بصحة البيع ، تبعاً للآثار الصحيحة ، غير ان الآثار لايصح احداثها في زمان الحضور إلا باذنه ، وتصح في زمان الغيبة ، لسقوط الاذن فيها

ثم ـ بناء على الملكية التبعية ـ ففي زوالهـا بزوال الآثار ـ كما في (المسالك) وغيره (٣) ، أو بقائها ـ وان زالت ـ كما في (المستند) (٤) وجهان : مبنيان على ان الملكية ـ ولو بالتبع ـ : هل هي متعلقة بنفس الأرض من حيث هي ، فلا بد ـ حينئذ ـ في خروجها عنها من مخرج شرعي

---

(١) راجع كتاب الجهاد منه ، درس في اللواحق

(٢) مضى آنفاً ص٢٣٦ـ٢٣٧ نقل هذه العبارة عن (السرائر لابن ادريس) كتاب الزكاة :

(٣) تقدم ـ آنفاً ـ ص ٢٣٨ مانقلناه عن المسالك في ذلك ،

(٤) راجع منه : كتاب المكاسب ، في بيان جواز بيع الأراضي المفتوحة عنوة وعدمه :

أو متعلقة بها من حيث اتصافها بالوصف العنواني ، وهو التابعية الموجب لزوالها بزوال الآثار ، لانتفاء الموضوع ـ حينئذ ـ ولو بانتفاء جزئه ، وهو وصف التابعية ؟ .

ولعل الثاني هو الأظهر . وعليه ، فلا تبقى الملكية بعد زوال الآثار الموجبة لها بالتبعية :

حجة القول بالمنع ـ مطلقاً ـ : ـ مضافاً الى أنه مقتضى الأصل فيما هو ملك المسلمين ـ قاطبة ـ وظاهر الاجماع المتقدم ـ : الأخبار الناهية عن شراء أرض الخراج (١) :

حجة القول بالجواز ـ مطلقاً ـ : الأخبار الدالة على جواز شراء تلك الأرض التي :

منها ـ دلالة الاستثناء في ذيل (صحيحة الحلبي المتقدمة) (٢) :

ومنها ـ صحيحة محمد بن مسلم قال : « سألته عن الشراء من أرض اليهود والنصارى ؟ فقال : ليس به بأس ، وقد ظهر رسول الله (ص) على أهل خيبر ، فخارجهم على أن تترك الارض في أيديهم ، يعملونها ويعمرونها ، . . . وايما قوم أحيوا شيئاً من الارض أو عملوه ، فهم

(١) راجع ـ في ذلك ـ (مستند النراقي) كتاب المكاسب : المسألة التاسعة لايجوز بيع الأراضي المفتوحة عنوة ، فقد استعرض روايات كثيرة في المقام .

(٢) راجع: ص٢١١-٢١٢ من هذا الكتاب ـ ونص الصحيحة ـ كما عن كتاب البيع من الجواهر ـ في شرح قول المحقق (واما الارض المأخوذة عنوة): « سئل أبو عبد الله (ع) عن السواد : مامنزلته ؟ فقال : هو لجميع المسلمين لمن هو اليوم ولمن يدخل في الاسلام بعد اليوم ولمن لم يخلق بعد ، فقلت: الشراء من الدهاقين ؟ فقال : لايصلح إلا أن يشتري منهم على أن يصيرها للمسلمين ، فاذا شاء ولي الامر أن يأخذها أخذها » .

أحق بها وهي لهم » (١) .

ومنها : ـ صحيحة محمد بن مسلم ، قال : « سألته عن شراء اراضيهم فقال : لابأس أن تشتريها فتكون اذا كان ذلك بمنزلتهم ، فتؤدي فيها كما يؤدون فيها » (٢) .

ومنها : ـ رواية ابي بصير ، قال : « سألت ابا عبد الله (ع) عن شراء الارضين من أهل الذمة ؟ فقال : لابأس ان يشتري منهم اذا عملوها وأحيوها فهي لهم . وقد كان رسول الله (ص) حين ظهر على خيبر وفيهـا ، خارجهم على امر وترك الأرض في أيديهم يعملونهـا ويعمرونها » (٣) .

ومنهـا : ـ رواية محمد بن مسلم عن ابي عبد الله (ع) ، قال : « سألته عن ذلك فقال : لابأس بشرائها ، فانهـا ان كانت بمنزلتها في أيديهم يؤدي عنها كما تؤدي عنها » (٤) .

ومنها : ـ رواية ابراهيم بن ابي زياد قال : « سألت ابا عبد الله عليه السلام عن الشراء من أرض الجزية ؟ فقال : اشترهـا فان لك من الحق ماهو اكثر من ذلك (٥) .

---

(١) تهذيب الشيخ : كتاب التجارات ، باب أحكام الأرضين ، حديث تسلسل ٦٥٥ .

(٢) راجع : تهذيب الشيخ الطوسي ، كتاب التجارات ، ١١ باب احكام الأرض ، حديث تسلسل ٦٥٦ .

(٣) المصدر نفسه ، حديث تسلسل ٦٥٧ .

(٤) المصدر نفسه ، حديث تسلسل ٦٦٢ ، باختلاف يسيط في بعض الكلمات

(٥) راجع كفاية الأحكام للسبزواري كتاب الجهـاد ، القول في احكام الأرضين المبحث السابع .

ومنها - خبر حريز عن أبي عبد الله (ع) قال : « سمعته يقول : رفع الى أمير المؤمنين (ع) : رجل مسلم اشترى أرضاً من أراضي الخراج فقال (ع) له مالنا وعليه ما علينا ، مسلماً كان أوكافراً ، له ما لأهل الله وعليه ما عليهم » (١) :

ومنها - رواية اسماعيل بن الفضل الهاشمي ، عن رجل اشترى أرضاً من أراضي الخراج ، فبني بها أو لم يبن ، غير أن أناساً من أهل الذمة نزلوها ، أله أن يأخذ منهم أجرة البيوت اذا أدوا جزية رؤوسهم ، قال : يشارطهم ، فما أخذ بعد الشرط ، فهو حلال » (٢) .

ومنها - ذيل رواية صفوان - المتقدمة - الناطقة بعد النهي عنه بقوله قلت : يبيعها الذي هو في يده ، قال : ويصنع بخراج المسلمين ماذا ؟ ثم قال : لا بأس ، اشتر حقه منها ، وتحول حق المسلمين عليه ، ولعله يكون أقوى عليه وأملأ بخراجهم منه » (٣) :

وفيه - مع أن مورد جملة منها - بل أغلبها - أرض الجزية المحتمل فيها لاجمالها كون الأرض ملكاً لهم ، وصولحوا على أنها لهم والجزية فيها على أعناقهم وإن سميت بالأرض الخراجية لكون الخراج للمسلمين - كما في الجواهر - (٤)

(١) راجع - كتاب البيع من الجواهر - في شرح قول المحقق (يجوز بيعها تبعاً لآثار التصرف) والوافي ، أبواب أحكام الأرضين ، باب ١٥٩

(٢) تهذيب الشيخ ، كتاب التجارات ، باب أحكام الأراضين ، حديث تسلسل ٦٦٣ ، و ٦٧٩ باختلاف الطريق الى اسماعيل بن الفضل .

(٣) راجع الرواية - كاملة - في تهذيب الشيخ ، كتاب التجارات ، آخر باب احكام الارضين ، حديث تسلسل ٦٨٦ وتقدمت في هذا الكتاب ص٢١٢ :

(٤) راجع منه : كتاب الجهاد - في شرح قول المحقق : وكل أرض فتحت صلحاً فهي لأربابها - فانه يرى ذلك بعد عرضه لقسم من الروايات المذكورة في المتن - وكتاب البيع - في شرح قول المحقق (ويجوز بيعها تبعاً لآثار التصرف).

وان كان فيه من البعد مالا يخفى - :

أنها لا تدل على ملكيتها - مطلقاً - حتى مع تجردهـا عن الآثار ، بل لعلها بعد التأمل يظهر كونها عند الشراء مشغولة بالآثار التي هي مملوكة للبائع ، - كما يؤمي اليه ذيل خبر صفوان - بناء على أن المراد من (الحق) هو الآثار المبنية كيف - ومع التجرد عنها هو كغيره من المسلمين لايملك بالخصوص شيئاً حتى ينقله الى المشتري .

ولو سُلِّم ظهور بعضهـا - ولو بالاطلاق - إلى ما كانت مجردة عن الآثـار فهو محمول على إرادة صورة الشراء ، ولو بضرب من التسامح بارادة مجرد رفع ذي اليد يده عنها ، دون الشراء الحقيقي المتوقف على تملك البائع لها ، إذ لا بيع إلا في ملك . ومثل هذا النحو من اليد يعبر عنه في عرفنا - الآن - بـ « اللزمة » وليست هي يداً تفيد الملكية أو الاختصاص إذ لا شيء له فيها حتى يوجب شيئاً من ذلك .

حجة القول بتملكها - تبعاً للآثار ، فيجوز بيعها كذلك :

هو الجمع بين ما دل على المنع من الأخبار بحمله على بيعها مجردة عن الآثار ، وبين ما دل على الجواز بحمله على بيعها تبعاً لها :

مضافاً إلى دعوى السيرة القائمة بين الناس : خلفاً عن سلف على بيعها وشرائها ، سيما الدور والعقارات ، ووقفها مدارس ومساجد أو غيرها غير وليس إلا لكون الأرض مملوكة لمالك الاثار بالتبع .

وفيه : إن هذا النحو من الجمع يتوقف على وجود شاهد له غير موجود في المقام ، ودعوى السيرة على ذلك على عهدة مدعيها ، سيما في الدور والعقار كالمزارع ونحوها .

والانصاف : انه لا يستفاد من الأدلة - سيما بعد ملاحظة الأخبار الناهية ومقتضى الأصول الأولية - أزيد من ثبوت حق الاختصـاص والأولوية

بالتصرف في الأرض لمن له الآثار فيها ، فاذا بيعت الاثار المملوكة لبايعها لحق المشتري ما كان للبايع في نفس الارض من حق الاختصاص والأحقية بالتصرف .

هذا ، ويشكل الحكم في الأوقاف العامة المبنية على الدوام ، سيما في المساجد لتعلق الغرض الأصلي في وقف المسجد بأرضها ، وان قلنا بملكية الأرض تبعاً للاثار الموجب لزوال الوقفية بزوالها الموجودة في الأراضي المفتوحة عنوة ، سيما فيما كان معلوماً منها كأرض العراق فضلا عما لو قلنا بعدم ثبوت غير حق الاختصاص فيها بترتب أحكام المسجدية ـ حينئذ ـ في نفس الأرض ، حتى مع وجود الآثار التي لم يتعلق الوقف ـ حينئذ ـ إلا بها ـ خاصة ـ وهذا الالتزام من الشناعة بمكان كشناعة الحكم ببطلان المساجد المبنية في العراق عند خرابها وزوال آثارها . مع أن السيرة القطعية قائمة بين الخواص والعوام على بقاء الأوقاف ـ خصوصاً المساجد ـ على وقفيتها ، وترتيب أحكام مسجديتها وإن زالت الآثار بجملتها :

فلا بد من توجيه ذلك بما ينطبق على ما ذكرناه من حكم المفتوحة عنوة ، فنقول :

أما بناء على بقاء الملكية التبعية في الأرض ـ بعد زوال الآثار ـ : فواضح ، وأما بناء على زوالها بزوال الآثار ، فيمكن أن يوجه بوجوه :

الأول ـ : إن المساجد الموجودة في المفتوحة عنوة ـ مثلا ـ مما يشك في كون أرضها بالخصوص كانت عامرة عند الفتح حتى يملكها المسلمون والأصل يقتضي عدمه ، وهو كاف في الحكم بدوام الوقفية ، وان زالت الآثار ؛ نعم ، لو فرض ـ نادراً ـ تحقق العلم بذلك في ارض مسجد ـ مثلا ـ فلا نمنع من انقطاع الوقفية بعد اندراس الآثار بالكلية ، ولا يلزم من الالتزام بذلك ـ لغاية ندرتها ـ شناعة ولا مخالفة للسيرة ، إذ نمنع قيامها

على مثل ذلك - أيضاً - :

الثاني - إن اليد النوعية عليه كاليد الشخصية بالنسبة إلى ما هي عليه من الدلالة والامارية والمساجد والمدارس ونحوها من الأوقاف العامة عليها يد المسلمين نوعاً فيحكم بمفادها كما يحكم بمفاد اليد الشخصية ، بناء على اعتبارها في إفادة الملكية المطلقة بالنسبة إلى ما كانت هي عليه في المفتوحة عنوة - كما يأتي - بل اليد النوعية منتهية إلى اليد الشخصية ، وهي يد الواقف الممكن في حقه التملك على بعض الوجوه المصححة له .

الثالث - إن الملكية الكلية المرددة بين ما يقتضي دوامها ، كما لو كانت مواتاً عند الفتح يملكها المحيي لها - دائماً - لكونها للامام عليه السلام دون المسلمين ، وبين مالا يقتضي ذلك ، كما لو كانت محياة عنده مستصحبة وهي كافية في الحكم بالدوام ، ضرورة أن الحكم بانقطاع الوقف بعد زوال الآثار من أحكام الملكية المقيدة بها وجوداً وعدماً ، دون مطلق الملكية أو الملكية المطلقة .

غير أن هذا الوجه الأخير لا يتم على ما اخترناه من عدم ثبوت غير حق الاختصاص في الأرض ، إذ لا وقف إلا في ملك :

الأمر العاشر - لاإشكال في ثبوت كون الأرض من المفتوحة عنوة ، أو من العامر في وقتها بما يفيد العلم : من التواتر والشياع والقرائن القطعية المفيدة له : وهل يثبت بما يفيد الظن من الامارات الظنية كقول المؤرخين وغيرهم ؟ .

وبعبارة أخرى : هل الظن يقوم مقام العلم وما بحكمه في ثبوت ذلك أولا ؟ ذهب جماعة - ومنهم شيخنا في الجواهر - الى عدم اعتبار الظن هنا .

وذهب غير واحد - ولعله الأكثر - الى اعتباره .

حجة المنع عن العمل بالظن : الأصل ، وعدم الدليل عليه ،

بل الدليل على عدمه من الكتاب والسنة ، فيجب الرجوع - حينئذ - مع عدم العلم أوما في حكمه كالبينة - إلى ما تقتضيه الأصول المعتبرة .

وحينئذ ، فما كان الشك في كونها من المفتوحة عنوة ، أولا ، فمقتضى الأصل عدمه وعدم تحقق ما هو سبب الملكية للمسلمين . وان كان الشك في عمارتها عند الفتح بعد إحرازكونها منه . فان علم كونها معمورة قبل الفتح وشك في خرابها قبله أو بعده كان الحياة مستصحبة إلى مابعده فيكون للمسلمين ، وان لم يثبت به عنوان الموات بعده ، لكونه من الأصل المثبت ، إذ الحكم المزبور مرتب على الحياة عند الفتح وإن لم يعلم ذلك ، سواء علم بعمارته وشك في تقدمها على الفتح أو حدوثها بعده أو لم يعلم بها أصلا ، وكانت محتملة ، فالأصل يقتضي العدم .

لا يقال : إنا نعلم كون الأراضي منها ما هي عنوة وما بحكمها ، ومنها ما هي ليست كذلك واشتبه علينا وكان من الشبهة المحصورة من الكثير في الكثير ، فيجب الاجتناب عن جميعها ، إذ لا مجرى للأصول في أطرافها - على الأقوى - كما تقرر في محله . ومثله الشبهة في كونها عامرة أو غامرة عند الفتح لعدم الابتلاء بجميع أطرافها بالنسبة إلى من يجرى الأصل في قطعة منها التي هي محل ابتلائه .

واستدل : في (الكفاية) على كفاية الظن مطلقاً ، وقيامه مقام العلم بما نصه - في البلد المشكوك - : « فاما ان يجرى عليه خصوص حكم بلا أمر دال عليه أو امارة ظنية ، ففيه ترجيح حكم بلا مرجح ، أو يرجع فيه إلى الظن . واذا بطل الأول تعين الثاني ، وايضاً ، إن كان المظنون فيه أمراً كان خلافه مرجوحاً ، فاما أن يعمل فيه بالراجح أو بالمرجوح أولا يعمل بشيء منها . لا وجه للثالث ، وهو ظاهر ، ولاوجه للعمل بالمرجوح ، فتعين المصير الى الأول » انتهى موضع الحاجة من

كلامه (١) ،

وفيه : إن العمل بما تقتضيه الأصول ليس من الترجيح بلا مرجح ، فضلا عن كونه ترجيحاً للمرجوح بل هو من العمل بالدليل الشرعي ، واعتبار رجحان الظن أو الكلام ، سيما ومقتضى الأصل عدمه .

هذا ، ولعل الأقوى في المقام ونحوه مما يتعذر العلم وما بحكمه من البينة في تشخيص الموضوعات التي يترتب عليها الأحكام - الرجوع الى الظن الحاصل من أهل الخبرة في تشخيصها سواء كان الشك في مفهوم الموضوعات أو في مصاديقها ، فان المرجع في ذلك العرف الخاص ، كما عليه بناء العقلاء في معرفة ما يتعلق به أغراضهم من ذلك ، ومنه الظنون الرجالية والحاصل من قول اللغويين .

ويرشد إليه صحيحة عمار الساباطي في معرفة المواقيت عن الصادق عليه السلام ، قال : « يجزيك اذا لم تعرف العقيق أن تسأل الناس والأعراب عن ذلك » (٢) .

وكلمة (يجزيك) ظاهرة في كفاية الظن ، إذ ما وراء العلم من شيء .

(١) قبل هذه العبارة - كما في المبحث الثالث من كتاب الجهاد - القول في أحكام الأرضين « فان علم كون بلد آخر كذلك (أي مفتوحة عنوة) فذاك ، وما لم نعلم فيه ذلك وكان مشتبها فالظاهر أن يعمل بالظن هنا ، بيان ذلك أنا نعلم أن بعض البلاد كان مفتوحاً عنوة وبعضها صلحاً ، وما كان صلحاً اشتبه أمره في أن الصلح وقع على أن تكون الأرض لهم أو وقع على ان تكون الأرض للمسلمين فيكون حكمه حكم المفتوح عنوة،فهذا البلد المشتبه إما أن يكون على سبيل الأولين فيكون للمسلمين وعليه الخراج ، او على سبيل الثالث فلم يكن عليه خراج » .

(٢) وسائل الشيعة للحر العاملي ، كتاب الحج ، باب جواز سؤال الناس عن الميقات مع الجهل به . . . حديث تسلسل (١) .

ويمكن أن يقرر الدليل بنحو أسد من ذلك بما يرجع إلى دليل الانسداد وتقريره : هو انسداد باب العلم وما بحكمه في المقام لتطاول الزمان وخراب العمران وعدم إمكان الرجوع إلى الأصل ، للزوم المخالفة القطعية - كثيراً - وعدم امكان تعطيل حكم تلك الأراضي ، والعمل بالاحتياط متعذر أو متعسر ، فلا مناص عن العمل بالظن الحاصل من القرائن والآثار القديمة وكلام السير والتواريخ المعتبرة والتدرج في العمل بالظن إلى الأقوى فالاقوى كما هو جار في كثير من الموضوعات العامة البلوى التي انسد فيها باب العلم وما بحكمه من البينة كموضوع النسب ونحوه .

والظاهر : عدم التعويل على ضرب الخراج ، وإن عول عليه غير واحد من الفقهاء لأن اعتباره إن كان من جهة حمل فعل المسلمين على الصحة ، ففيه : انها منتفية بفساد أساسه - كما تقدم - فلا صحة حتى يحمل عليها . ودعوى وجوب الحمل على ما يوجب أخفية الفساد عند الدوران بينه وبين الأشد والأفسد ، لا دليل عليه .

وإن كان من جهة إفادته الظن ، فالصغرى ممنوعة - بعد أن كان الخراج مضروباً على الأراضي الخراجية وغيرها من الأنفال والتي صولحوا عليها ، على أن الأرض لهم والجزية في أعناقهم . ومنه يعلم أن المشكوكة منها المحياة - فعلاً - المردد حالها بين كونها خراجية أو مجهولة المالك أو هي للامام عليه السلام من تركة من لاوارث له ، لدورانها في نفس الأمر بين كونها من عامرة (المفتوحة عنوة) أو من غيرها ، فملكها المحيي لها ، غير أنه مجهول المالك ، إن كان هو أو وارثه موجوداً لا نعلمه ، وإلا فهو ميراث الامام لأنه وراث من لا وارث له ، وإن دخل في اطراف الشك كونها مما انجلى عنها أهلها ، احتمل كونها للامام من هذه الجهة - أيضاً - يرجع في أمرها إلى الحاكم ، وإن كان عليها يد الجائر أو يد

من أخذها منه بالخراج ، إذ لا يد له في الحقيقة عليها لكونها عادية في الخراجية - أيضاً - فلا يثبت كونها خراجية بقول ذي اليد ، ولا بضرب الخراج ، لما عرفت . ويعمل فيها الحاكم : إما بالقرعة ، لكونها لكل أمر مشكل - وإن كان العمل بها مع عدم الجابر لها أشكل - أو يصرف اجرتها فيما ينطبق عليه كل من العناوين المتقدمة :

نعم ، لو كانت تحت يد مدعي الملكية لها حكم بها له ، لليد ، لامكان تملكها بوجوه من الصحة ، بل يحكم بكونها له ، وان علم كونها من (المفتوحة عنوة) بعد إمكان فرض الصحة فيها على وجوه ، منها تملكه بالاحتساب عليه من الخمس أو الشراء من المستحق المحتسب عليه خمساً ، أو من طرف حصة الامام المباح للشيعة ، وغير ذلك :

الأمر الحادي عشر : يجوز للامام عليه السلام - ومن يقوم مقامه إقطاع شيء من أرض (العنوة) لبعض ، ولا تخرج به عن كونها خراجية لأن معناه كون خراجها له ، لا خروجها عن الخراجية . وهل يجوز له بيع شيء منها ، وان اقتضت المصلحة ما لم تبلغ نحو حفظ بيضة الاسلام ؟ إشكال . والظاهر العدم ، للاصل ، وظاهر قوله (ع) - فيما تقدم (من يبيعها وهي للمسلمين) لظهور كون السبب في الكراه (ع) كونها للمسلمين لا كون البائع غيره ، فانه في قوة قوله (لا تباع) لكونها للمسلمين ، وقوله عليه السلام في مرسلة حماد المتقدمة له « فهي موقوفة متروكة بيدي من يعمرها » (١) الظاهر في إرادة التأبيد والدوام وصرف الارتفاع في مصالحهم ولزوم مراعاة الأصلحية عند تعارض المصلحتين ، ومقتضاه العدم - غالباً - .

---

(١) راجع : ص٢١٣ من هذا الكتاب . وراجع : مستند النراقي ج٢ كتاب المكاسب المسألة التاسعة - في حكم الأراضي المفتوحة عنوة - :

تنبيه : ما تداول في عصرنا - الآن - في (دولة آل عثمان) من بيع الأراضي الخراجية وغيرها ، معبرين عنها بـ (الطابو) يجعلونها في ميدان المزايدة ، ويعطونها لمن دفع الزيادة ، ثم من بعده لأولاده الذكور والاناث بالتساوي بينهم - ليس هو بيعاً حقيقياً ولا تمليكا واقعياً ، بل إنما هو تفويض وتقبيل بالمقاسمة على الخمس من حاصلاتها . غير أنه آلى على نفسه السلطان أن لا يغير المتقبل ما دام حياً ، ويقبل أولاده من بعده ذكوراً وإناثاً ، تقبيلا جديداً ، قرره بهذا النحو على نفسه من أول الأمر ولذا يسترد الصكوك المعبر عنها بـ (الأوراق الخاقانية) المدفوعة -أولا- ويعطي أولاده - مطلقاً كل واحد منهم ورقة خاقانية مستقلا مبيناً فيها مقدار سهمه بحسب التوزيع على رؤوسهم بالسوية ، وكيفية التقبيل وكمية القبالة منوطتان برائيه ، فلا تمليك ولا تملك ولا إرث ولا ميراث ، حتى ينكر ذلك بمخالفتها لحكم الأراضي الخراجية وقواعد المواريث .

كما وقع الانكار من جماعة ممن لاخبرة له بحقيقة الأمر ، وما يأخذه من النقود - اولا - عند المزايدة ليس ثمناً - كما توهم - بل هو للتقديم ، في التقبيل ولعله يصرفه في محله - ليس علينا حسابه :

الأمر الثاني عشر : ولاية التقبيل والتسليط للامـــام عليه السلام فيقبلها ممن يشاء وبأي كيفيـــة يشاء من الخراج - وهو الضريبة - بقدر مخصوص من المال يأخذها من طرف أجرة الأرض أو بالمقاسمة ، وهي القدر المخصوص من حاصلاتها : من النصف أو الثلث أو الربع - مثلا - :

وقد يطلق اسم (الخراج) على (المقاسمة) أيضاً ، ويأخذ القبالة ويصرفها في المصالح العامة . وان عين مـــدة فله أخذها من المتقبل بعد انقضاء المدة وتقبلها من آخر بما يراه من كمية الخراج وكيفيته :

ويدل عليه - مضافاً الى أن له الرئاسة الكبرى ، وهي من آثارها وأحكامها - .

جملة من الأخبار التي منها - رواية صفوان ، والبزنطي ، قال : ذكرنا له الكوفة وما وضع عليها من الخراج - إلى أن قال - : « وما أخذ بالسيف فذلك للامام يقبله بالذي يرى ، كما صنع رسول الله (ص) بخيبر ، قبل سوادها وبياضها - يعني أرضها ونخلها - إلى أن قال - : إن أهل مكة دخلها رسول الله (ص) عنوة وكانوا أسرى في يده ، فأعتقهم فقال : اذهبوا انتم الطلقاء » (١) :

ومنها - صحيحة البزنطي ، وفيها : « وما أخذ بالسيف فذلك الى الامام (ع) يقبله بالذي يرى ، كما صنع رسول الله (ص) بخيبر ، قبل أرضها ونخلها . . . » الحديث (٢) .

ومنها - ما تقدم من سيرة أمير المؤمنين (عليه السلام) في أهل العراق التي هي إمام لسائر الأرضين (٣) .

وبالجملة ، فلا كلام في أن النظر وولاية التصرف في هذه الأراضي بالأصل للامام - عليه السلام - في زمان حضوره وبسط يده .

ومع عدمها - كما في زمان الغيبة - ففي سقوط الولاية من أصلها ، فيجوز التصرف لكل أحد بلا توقف على الاذن ، أو ثبوتها للنائب العام إن كان مبسوط اليد متمكناً من التقبيل وصرف القبالة في وجهها ، بناء على عموم أدلة الولاية وكونه مفوضاً اليه ما هو أعظم من ذلك كاقامة

---

(١) و (٢) راجع : مستند النراقي ج ٢ كتاب المكاسب ، المسألة التاسعة من المقصد الرابع في حكم الاراضي المفتوحة عنوة :

(٣) تقدم هذا الحديث ص ٢٢٨ من هذا الكتاب . وراجع : مستند النراقي كتاب المكاسب المسألة التاسعة من المقصد الرابع :

الحدود : ومع عدم بسط يده فالى السلطان - وبعبارة أخرى ، لابد من الاذن في جواز التصرف من الحاكم مع بسط يده ، وإلا فمن السلطان :

قولان : المشهور هو الثاني . بل في (الكفاية) : القول به هو قضية كلام الأصحاب (١) . وفي (المسالك) : في حكم هذه الأرضين في زمان الغيبة : « وهل يتوقف التصرف في هذا القسم منها على اذن الحاكم الشرعي إن كان متمكناً من صرفها في وجهها - بناء على كونه نائباً عن المستحق مفوضاً اليه ما هو أعظم من ذلك ؟ الظاهر ذلك ، وحينئذ فيجب عليه صرف حاصلها في مصالح المسلمين . ومع عدم التمكن أمرها إلى الجائر وأما جواز التصرف فيها كيف اتفق لكل أحد من المسلمين ، فبعيد جداً بل لم أقف على قائل به ، لأن المسلمين بين قائل بأولوية الجائر وتوقف التصرف على اذنه ، وبين مفوض الأمر الى الامام العدل عليه السلام ، فمع غيبته يرجع الأمر الى نائبه ، فالتصرف بدونهما لا دليل عليه . وليس هذا من باب الأنفال التي أذنوا - عليهم السلام - لشيعتهم في التصرف فيها في حال الغيبة ، لأن ذلك حقهم ، فلهم الاذن فيه - مطلقاً - بخلاف المفتوحة عنوة ، فانها للمسلمين قاطبة ولم ينقل عنهم الاذن في هذا النوع » انتهى (٢) :

واستدل عليه - أيضاً - بدعوى غير واحد الاتفاق على وجوب دفع الخراج إلى السلطان الذي هو بمنزلة العوض وأجرة الأرض ، فاذا كان له الولاية على العوض كان له الولاية على المعوض - أيضاً - :

---

(١) راجع : كفاية الأحكام للسبزواري ، كتاب الجهاد ، القول في أحكام الأرضين ، المبحث السادس .

(٢) راجع كتاب الجهاد من المسالك - في حكم الأراضي المفتوحة عنوة في شرح قول المحقق « والنظر فيها إلى الامام » .

وذهب بعض إلى الأول ، واحتمله في (الكفاية) بعد أن حكاه عن بعض (١) واختاره في (المستند) ونسب القول به إلى ظاهر الشيخ في (التهذيب) مستظهراً ذلك من عبارته فيه ، وهي قوله : « وأما أراضي الخراج وأراضي الانفال والتي قد انجلى أهلها عنها ، فانا قد ابحنا ـ أيضاً ـ التصرف فيها ما دام الامام مستتراً » انتهى (٢) وان كان في الاستظهار منها تأمل :

قلت : تنقيح المسألة هو أن يقال : إن ما كان منها تحت يد السلطان وكان متولياً عليه ، فيرجع اليه في التقبل ويدفع اليه القبالة على ما خارجه عليه من الخراج والمقاسمة ، إجماعاً عليه ـ بقسميه ـ مع دلالة بعض المعتبرة عليه ، بل قيل بعدم جواز منعها وجحدهما ، بل صريح غير واحد دعوى الاتفاق عليه ـ أيضاً ـ .

---

(١) راجع ذلك في المبحث السادس من أحكام الأرضين ، ضمن كتاب الجهاد .

(٢) قال النراقي في (المستند جـ ٢ كتاب المكاسب) المسألة التاسعة من المقصد الرابع ، بعنوان ان الموات من الأراضي المفتوحه عنوة مخصوصة بالامام : « والمعروف من مذهب الأصحاب والمدلول عليه بالأخبار... أن تولية هذه الأراضي والنظر فيها الى الامام يصنع فيها ما يراه من تقبيلها ممن يريد كيف يريد ، وظاهر ذلك بل صريح قوله (وذلك للامام أواليه) ومقتضى إصالة عدم جواز التصرف في ملك الغير بدون إذنه ـ على ما ذكرنا من ملكية هـذه الأراضي فيه سبحانه أو للامام ـ عدم جواز التصرف لأحـد فيها إلا باذنه ، وهو كذلك مع ظهوره واستقلاله واما بدونهما فقد وقع الخلاف فيمن له التصرف فيها : فظاهر الشيخ في (التهذيب) جواز التصرف فيها واباحته لكل احد من الشيعة ، قال : وأما أراضي الخراج . . . » .

وأما مالا يداه عليه منها ، فيرجع في التصرف إلى الحاكم مع بسط يده . ومع عدمه : ففي جواز استقلاله بالتصرف ، أو الرجوع الى السلطان وجهان ، مبنيان على أن إمضاء الشارع لأعماله : هل هو للتقية وتسهيلا لأمر الشيعة في انتفاعهم بها ، فلا يجب إلا عند الضرورة التي تتقدر بقدرها أو لتنزيله منزلة الامام العادل ، بعد تغلبه وقيامه بمنصب الامامة عدواناً في حفظ البيضة وحماية الحوزة ، صيانة للدين وخوفاً من تفرق كلمة المسلمين ، إلى أن يظهر من يبسطها قسطاً وعدلا بعد ما ملئت ظلماً وجوراً ويرجع الأمر إلى أهله ويدور الحق على مركزه ـ عجل الله فرجه ـ كما يشعر به سيرة علي ـ عليه السلام ـ وأصحابه مع الخلفاء . وعليه ، فيجب الاستئذان منه والرجوع اليه ، ولو مع التمكن من عدمه .

لا يقال : إنه ـ حينئذ ـ يجب تقديمه على الحاكم حتى مع بسط يده ـ أيضاً ـ :

لأنا نقول : الحاكم وكيل عن الامام ، فاذا فرض بسط يده ، كان كما لو كان الامام ـ عليه السلام ـ مبسوط اليد . هذا بالنسبة إلى التصرف في نفس الأرض . وأما في ارتفاعها فهو تابع لها في الابتناء المذكور ، فيجب دفعه اليه ـ على الثاني ـ وإن تمكن من عدمه ولا يجب ـ على الأول ـ إن تمكن من ذلك .

ودعوى الاتفاق على عدم جواز منعهما وجحدهما ـ لوسلمت ـ فسلمة بالنسبة إلى جحدهما بالكلية ، لا بالنسبة الى خصوص الجائر ، ولو تنزلنا فهي مسلمة بالنسبة إلى ما كانت تحت يده وخارجة عليها ـ لا مطلقاً ـ :

وبالجملة ، فالكلام في وجوب ذلك ، وعدمه ـ أرضاً وارتفاعاً ـ مبني على ما تقدم من وجهي إمضاء الشارع لأعمال السلطان .

هذا ، ومقتضى التنزيل المتقدم عدم الفرق في المتغلب الجائر بين

المخالف والمؤالف من غير مدخلية اعتقاد حلية أخـذ الخراج واستحقاق الامرة على المسلمين في ذلك ، بعـد أن كان المناط حفظ النظام وإعلاء كلمة الاسلام .

ويحتمل قصر الحكم فيما خالف الأصل من إمضاء عمل الجائر على الأول ، اقتصاراً فيه على القدر المتيقن ثبوته من الشرع ، سيما ولم يكن لغيره سلطان في زمن ورود الأخبار الآمرة بذلك ، ومع تعدد ذي الشوكة والسلطان ، ففي التخيير بينهما أو التوزيع عليهما ، او تقديم المخالف منهما مع التخالف للاحتياط ، أو تقديم غيره ، أو الأقوى منهما شوكة أو الأضعف تقوية له ، أو تعيين الدفع إلى من تقبل منه : ـ احتمالات ، كلها ـ عدا الأول منها ـ استحسانات ضعيفة .

ثم إن ها هنا ـ كلاماً لشيخنا صاحب (الجواهر) لايخلو عن تأمل وهو أنه قال : « ثم إن مقتضى السيرة بين العوام والعلماء عـدم وجوب صرف ما يتفق حصوله من حاصلها في يد أحد من الشيعة ـ من جائر أوغيره في زمان الغيبة في المصالح العامة ، بل له التصرف فيه بمصالحه الخاصة ، بل قد يقال بحصول الاذن منهم في ذلك للشيعة من غير حاجة الى رجوع إلى نائب الغيبة ، وان كان الأحوط ـ إن لم يكن أقوى ـ استئذانه ، والظاهر أن له الاذن ـ مجاناً ـ مع حاجة المستأذن ، كما أن الظاهر حل تناوله من الجائر بشراء أو اتهـاب وغيرهما » (١) ثم قـال بعد ذلك في شرح قول مصنفة ـ : يصرف الامام حاصلها في المصالح العامة . . . الخ ـ : « وهل تجب مراعـاة ذلك إن حصل منهـا في يده في زمن الغيبة ولو باذن نائبها

(١) راجع هذه الجملة في كتاب الجهاد من (الجواهر) القسم الثاني في أحكام الأرضين ، في أخريـات شرح قول المحقق (كـل أرض فتحت عنوة وكـانت محياة فهي للمسلمين) .

وجهان ، أحوطها ذلك ، وأقواهما العدم ، لظاهر نصوص الاباحة والسيرة المستمرة فى سائر الأعصار والأمصار بين العلماء والعوام ، بل قد تمكن جملة من علمائنا كالمرتضى والرضي والعلامة - رحمهم الله - وغيرهم من جملة منها ، ولم يحك عن أحد منهم التزام الصرف في نحو ذلك ، بل لعل المعلوم خلافه من المعاملة معه معاملة غيره من الأملاك » انتهى .

قلت : وعبارته في المقامين كما ترى - صريحة في جواز صرف ما كان من الخراج والمقاسمة في مصلحته الخاصة ومشعرة بعدم الرجوع إلى الجائر في شيء من ذلك .

مع أن المصرح به في كلمات الأصحاب والمدلول عليه بالأخبار: اختصاص صرفها في خصوص المصالح العامة ، بل لم أعثر على من اكتفى في مصرفها بمطلق المصلحة ، وان كانت خاصة مستدلا (يعني صاحب الجواهر قده) على دعواه بنصوص الاباحة ، وبالسيرة :

وفيها نظر :

أما استدلاله بالأخبار ، فان أراد به الاستدلال على جواز الاستبداد بالتصرف في الأرض وخراجها من دون إذن بناء على أن ولاية التصرف من حقوق الامام عليه السلام وما كان لهم فقد أباحوه لشيعتهم .

ففيه انها من وظائف الامامة لا من الحقوق المالية حتى تتعلق بها الاباحة . وان اراد الاستدلال بها على جواز تناوله وصرفه في مصالح نفسه ففيه انه للمسلمين ، فلا يكون مشمولا لاخبار اباحة ما هو لهم لشيعتهم .

وأما استدلاله بالسيرة ، ففيه : منع قيامها على مدعاه ، وكيفية عمل المرتضى وغيره ، غير معلوم لنا .

وكان الأحسن له أن يستدل على عدم تعيين الصرف في المصالح العامة بجواز أخذ جوائز السلطان ، ولو كانت من الخراج والمقاسمة ، من

الصلات والهبات المدلول عليه بمنقول الاجماعات ، بل كاد أن يكون جوازه من الضروريات والمسلمات ، مع كون نحو ذلك من العطيات من المصالح الخاصة ، حتى أن من نقل عنه الاحتياط والتوقف من ذلك لم يستند في وجه ذلك إلا لكون الجائر غاصباً وبده يد عدوان ، ولو كان متعيناً صرفه في المصالح العامة لكان الاستناد إلى كونه من صرف المال في غير مصرفه وبذله لغير مستحقه أولى ، وليس إلا لكون جواز التناول عندهم من المسلمات ودعوى أن ذلك من باب (لنا المهنا وعليه الوزر) بعيدة جداً (١) :

اللهم إلا أن يجاب عنها بما أشرنا اليه ـ سابقاً ـ من كون اعطاء الجوائز الذي هو من لوازم الرئاسة محسوباً من المؤن معدوداً من المصالح العامة ، فهو من قبيل (الاذن في الشيء إذن في لوازمه) .

وأما تمكن المرتضى والرضي وغيرهما من العلماء من تلك الأراضي ومعاملتهم لها معاملة أملاكهم ، فالظاهر أنها كانت من الاقطاعات التي قد تقدم الكلام فيها ، مع إمكان أن يكون على وجوه أخر من الصحة فلا يصلح أن يكون شاهداً له على صحة دعواه :

الأمر الثالث عشر : يلحق بالعمران : حريمها ومرافقها ، وان كانت مواتاً لتبعيتها لها والحاجة إليها ـ كطرح القمامة ومركض الخيل ومرعى المواشي ـ بما لا يخرج في البعد عن العادة ، ولعلها بحيث تسرح في الغداة وتروح في العشي :

الأمر الرابع عشر : لو فتحت بلدة بالعنوة من سمت ، وبالصلح من سمت آخر ـ كما وقع على ما قيل ـ في زمان الثاني في بعض بلاد الشام دخلها ابو عبيدة بالصلح من باب ، وخالد بن الوليد بالعنوة من باب

(١) مضمون حديث عن الإمام الصادق (ع) ذكره الشيخ في التهذيب برقم (٩٤٠) :

آخر ، وكل لا يعلم بما فعله الآخر ، حتى التقى الفريقان عند كنيسة مريم فرقة بالسيف ، وفرقة بالأمان ، فهل هي من المفتوحة عنوة أو صلحاً ؟ :

لعل الظاهر انها ليست من العنوة ، لعدم تحقق تمامية الاستيلاء بها ، ولا عبرة بأوائل الفتح وعلاماته قبل أن تضع الحرب اوزارها ، كما لا عبرة بالكر والفر في الغلبة قبل ذلك ، ويحتمل أن يكون المدار - حينئذ - على ما فعله أمير الجيش :

الأمر الخامس عشر : في تعيين المفتوحة عنوة ، وما أخذ بها - وحيث لم تسعني المراجعة التامة إلى كتب التواريخ والسير ، فلاجرم اقتصرت في بيان ذلك على ما ذكره (الكركي في قاطعة اللجاج) لكوله مشتملا على جملة من كلمات الأصحاب ، وشطر من روايات الباب :

قال المحقق المذكور في (رسالته) (١) : « اعلم ، إن الذي ذكره الأصحاب من ذلك مكة - زادها الله شرفاً - والعراق والشام وخراسان وبعض الأقطار ببلاد العجم . وقد تقدم في بعض الأخبار السابقة : أن البحرين من الأنفال (٢) :

فأما (مكة) : فان للاصحاب في كونها فتحت عنوة أو صلحاً خلافاً ، أشهره أنها فتحت عنوة ، قال الشيخ في (المبسوط) : ظاهر المذهب أن النبي (ص) فتح مكة عنوة بالسيف ، ثم آمنهم بعد ذلك .

---

(١) راجع هذا الكلام المنقول بطوله في المقدمة الرابعة في تعيين ما فتح عنوة من الأرضين من الرسالة المذكورة :

(٢) يشير إلى حديث سماعة بن مهران - كما في تهذيب الشيخ ، كتاب الزكاة باب الأنفال حديث (٣٧٣) : « قال : سألته عن الأنفال ، فقال كل أرض خربة أو شيء كان للملوك ، فهو خالص للامام ليس للناس فيها سهم - وقال - : ومنها البحرين لم يوجف عليها بخيل ولا ركاب » :

وانما لم يقسم الأرضين والدور ، لأنها لجميع المسلمين قاطبة ومنّ النبي على رجال من المشركين فأطلقهم ، وعندنا أن للامام عليه السلام أن يفعل ذلك ، وكذلك أموالهم منّ عليهم بها .

وقال العلامة ـ رحمه الله ـ في (التذكرة) : وأما أرض مكة فالظاهر من المذهب أن النبي (ص) فتحها بالسيف ثم آمنهم بعد ذلك : وكذا قال في (المنتهى) ، ونحوه قال في (التحرير) . وشيخنا في (الدروس) لم يصرح بشيء .

واحتج العلامة على ذلك : بما رواه الجمهور عن النبي (ص) : أنه قال لأهل مكة ما تروني صانعاً بكم ؟ فقالوا : أخ كريم وابن أخ كريم فقال : اقول لكم كما قال اخي يوسف لاخوته (لا تثريب عليكم اليوم يغفر الله لكم وهو أرحم الراحمين) انتم الطلقاء . ومن طرق الخاصة : بما رواه الشيخ عن صفوان بن يحيى وأحمد بن محمد بن أبي نصر ، قال : « ذكرنا له الكوفة ـ إلى أن قال ـ : إن أهل الطائف أسلموا وجعل عليهم العشر ونصف العشر ، وإن مكة دخلها رسول الله (ص) عنوة ، وكانوا أسراء بيده فأعتقهم وقال : اذهبوا فانتم الطلقاء » (١) :

وأجاب عن حجة القائلين بأنها فتحت صلحاً ـ حيث أن النبي (ص) ـ دخلها بأمان ـ بما ورد في قصة العباس وأبي سفيان ، وقوله (ص) لأهل مكة : (من ألقى سلاحه فهو آمن ومن أغلق بابه فهو آمن ، ومن تعلق بأستار الكعبة فهو آمن ، ومن دخل دار أبي سفيان فهو آمن) الاجماعة معينين وأنه (ص) لم يقسم أموالهم ولا أراضيهم : بأنه ـ على تقدير تسليم ذلك ـ إنما لم يقسم الارضين والدور ، لانها لجميع المسلمين لا يختص بها الغانمون ، على ما تقرر : من أن الارض المفتوحة عنوة للمسلمين ـ قاطبة ـ والأموال والأنفس يجوز أن يمن عليهم بها ، مراعاة للمصلحة ، لأن للامام

---

(١) ذكره الشيخ في التهذيب ، كتاب الخمس باب الخراج عمارة الأرضين

أن يفعل مثل ذلك : وهذا قريب من كلام (المبسوط) :

وأما أرض العراق - وهي التي تسمى بـ (أرض السواد) وهي المفتوحة عنوة من أرض الفرس التي فتحت في أيام الثاني - :

فلا خلاف في أنها فتحت عنوة . وإنما سميت (سواداً) لأن الجيش لما خرجوا من البادية ورأوا هذه الأرض والتفاف شجرها سموها (السواد) لذلك كما ذكره العلامة في (المنتهى والتذكرة) :

قال في (المبسوط) - وهذه عبارته - : « وأما أرض السواد» فهي الأرض المغنومة من الفرس التي فتحها (عمر) وهي سواد العراق : فلما فتحت بعث عمر عمار بن ياسر : أميراً، وابن مسعود : قاضياً ووالياً على بيت المال ، وعثمان بن حنيف ماسحاً ، فمسح عثمان الأرض : فاختلفوا فى مبلغها : فقال الساجي : اثنان وثلاثون ألف ألف جريب (١) ، وهي ما بين (عبادان والموصل (٢)) - طولاً - وبين (القادسية

(١) الجريب - من الأرض والطعام - : مقدار معلوم ونقل عن قدامة الكاتب أنه ثلاثة الآف وستمائة ذراع ، وقيل: إنه عشرة الآف ذراع (أقرب الموارد) .

(٢) عبادان - بتشديد ثانيه وفتح أوله : تحت البصرة قرب البحر الملح ، فان دجلة اذا قاربت البحر انفرقت فرقتين عند قرية تسمى (المحرزي) ففرقة يركب فيها إلى ناحية البحرين نحو برالعرب وهي اليمن ، فأما اليسرى فيركب فيها إلى سراف وجنابة فارس ، فهي مثلثة الشكل ، وعبادان في هذه الجزيرة التي بين النهرين فيها مشاهد ورباطات وهي موضع رديء سبخ لاخير فيه وماؤه ملح :

الموصل - بالفتح وكسر الصاد - : المدينة المشهورة العظيمة ، إحدى قواعد بلاد الاسلام ، فهي باب العراق ومفتاح خراسان . : : قالوا : وسميت (الموصل) لأنها وصلت بين الجزيرة والعراق، وقيل : وصلت بين دجلة والفرات (معجم البلدان للحموي) .

وحلوان (٣)) ـ عرضاً ـ ثم ضرب على كل جريب نخل ثمانية دراهم ، والرطبة : ستة ، والشجر : كذلك ، والحنطة : أربعة ، والشعير : درهمين وكتب إلى عمر فأمضاه :

وروي : أن ارتفاعها كان في عهد عمر مأة وستين ألف ألف درهم فلما ولي عمر بن عبد العزيز ، رجع إلى ثلاثين ألف ألف في أول سنة ، وفي الثانية بلغ ستين ألف ألف ، فقال : ان عشت سنة أخرى لرددتها إلى ما كان في أيام عمر ، فمات في تلك السنة :

وكذلك أمير المؤمنين عليه السلام. ثم لما افضى الأمر إليه أمضى ذلك لأنه لايمكنه أن يخالف ويحكم بما عنده :

والذي يقتضيه المذهب : أن هذه الأرضين وغيرها من البلاد التي فتحت عنوة يكون خمسها لأهل الخمس ، وأربعة أخماسها تكون للمسلمين ـ قاطبة ـ : الغانمون وغير الغانمين في ذلك سواء ، ويكون للامام (ع) التصرف فيها ، وتقبيلها وتضمينها بما شاء » ـ هذه عبارته بحروفها ـ .

---

(٣) القادسية : بينها وبين الكوفة خمسة عشر فرسخاً وبينها وبين العذيب أربعة أميال . وبهذا الموضع كان يوم القادسية بين سعد بن أبي وقاص والمسلمين والفرس في أيام عمر بن الخطاب في سنة ١٦ من الهجرة : وحلوان ـ بالضم ثم السكون هي في آخر حدود السواد مما يلي الجبال من بغداد : : وكانت مدينة كبيرة عامرة قال أبو زيد : أما حلوان فانها مدينة عامرة ليس بأرض العراق بعد الكوفة والبصرة وواسط وبغداد وسر من رأى أكبر منها . : وأما فتحها ، فان المسلمين لما فرغوا من جلولاء ضم هاشم بن عتبة بن أبي وقاص وكان عمه سعد قد سيره على مقدمته إلى جرير بن عبد الله في خيل ورتبه بجلولاء ، فنهض إلى حلوان فهرب يزدجرد إلى أصبهان ، وفتح جرير حلوان صلحاً . : . وذلك سنة ١٩ من الهجرة (معجم البلدان للحموي باقتضاب) :

وقال في (المنتهى) ـ وهذه عبارته ـ : « أرض السواد هي الأرض المفتوحة من الفرس التي فتحها عمر بن الخطاب ، وهي سواد العراق . وحده في العرض : من منقطع الجبال بـ (حلوان) إلى طرف (القادسية) المتصل بـ (العذيب) من أرض العرب . ومن تخوم (الموصل) طولاً إلى ساحل البحر ببلاد (عبادان) من شرقي دجلة . وأما الغربي الذي تليه البصرة ، فانما هو إسلامي مثل شط عمر بن أبي العاص ـ إلى أن قال ـ وهذه الأرض فتحت عنوة فتحها عمر بن الخطاب ، ثم بعث إليها بعد فتحها ثلاثة أنفس : عمار بن ياسر على صلاتهم اميراً ، وابن مسعود قاضياً ، وواليا على بيت المال ، وعثمان بن حنيف على مساحة الأرض . وفرض لهم في كل يوم شاة ، شطرها مع السواقط لعمار ، وشطرها للاخيرين ، وقال : ما أرى قرية توخذ منها كل يوم شاة إلاسرع في خرابها . ومسح عثمان ارض الخراج ، واختلفوا في مبلغها : فقال الساجي : اثنان وثلاثون ألف ألف جريب ، وقال ابو عبيدة : ستة وثلاثون ألف ألف جريب ، ثم ضرب على كل جريب نخل عشرة دراهم ، وعلى الكرم ثمانية دراهم ، وعلى جريب الشجر والرطبة سبعة دراهم وعلى الحنطة اربعة دراهم ، وعلى الشعير : درهمين . ثم كتب بذلك إلى عمر فأمضاه . وروى : أن ارتفاعها كان في عهد (عمر) مأة وستين ألف ألف درهم ، فلما كان في زمن الحجاج رجع إلى ثمانية عشر ألف ألف ، فلما ولي عمر بن عبد العزيز : : . » ثم ساق باقي كلام الشيخ السابق بحروفه ما زاد فيه ولا نقص :

وكذا صنع نحوه في (التذكرة) ـ في باب الجهاد ، وأعاد القول بفتح السواد عنوة في باب إحياء الموات . ومثل ذلك صنع في كتاب الجهاد من (التحرير) .

ولم يحضرني في وقت كتابتي (هذه الرسالة) : هذا الموضع من (كتاب السرائر) لابن ادريس لأحكي ما فيه . لكن ـ في باب أحكام

الأرضين من كتاب الزكاة ـ ذكر : أن أرض العراق مفتوحة عنوة ، وذكر من احكامها قريباً من كلام الأصحاب الذي حكيناه :

وروى الشيخ باسناده عن مصعب بن يزيد الانصاري ـ وأورده ابن ادريس ـ رحمه الله ـ في السرائر ، والعلامة في المنتهى ـ : « قال استعملني امير المؤمنين علي (ع) اربعة رساتيق (١) : المدائن (والبهقباذات) (٢) ونهر سير ، ونهر جوير ، ونهر الملك (٣) ، وأمرني أن أضع على كل جريب زرع غليظ درهماً ونصفاً ، وعلى كل جريب وسط : درهماً ، وعلى كل جريب زرع رقيق : ثلثي درهم ، وعلى كل جريب كرم : عشرة دراهم . وأمرني أن ألقي كل نخل شاذ عن القرى : لمارة الطريق وابن السبيل ، ولا آخذ منه شيئاً . وأمرني أن اضع على الدهاقين الذين يركبون البراذين ويتختمون بالذهب : على كل رجل منهم ثمانية وأربعين درهماً ، وعلى أوساطهم والتجار منهم على كل رجل أربعة

(١) جمع (رستاق) هو (الرزداق) ـ بالضم ـ : السواد والقرى والسطر من النخل (القاموس) .

(٢) البهقباذات ثلاثة : أ ـ الأعلى ، ويشمل بابل والفلوجة العليا والسفلى وبهن أردشير وإرقبار وعين التمر ، ب ـ الأوسط ، ويشمل نهر البداة وسوداء وبريسما وباروسما ونهر الملك ؛ ج ـ الأسفل ، ويشمل خمسة طساسيج ، كانت على الفرات الأسفل حيث يدخل البطائح :

(٣) نهر سير : من طساسيج كورة أستان أردشير بابكان وهي على امتداد نهر كوني والنيل . ونهر جوبرهي أيضاً من طساسيج كورة أستان أردشير بابكان : ونهر الملك : هو أحد الأنهر التي كانت تحمل من الفرات الى دجلة ، وأوله عند قرية الفلوجة ، ومصبه في دجلة أسفل من المدائن بثلاثة فراسخ . (باقتضاب عن معجم البلدان للحموي) .

وعشرين درهماً ، وعلى سفلتهم وفقرائهم : اثني عشر درهماً على كل انسان منهم . قال : وجبيتها (١) ثمانية عشر ألف ألف درهم في سنة » .

قال الشيخ : توظيف الجزية في هذا الخبر لا ينافي ما ذكرناه : من أن ذلك منوط بما يراه الامام من المصلحة ، فلا يمتنع أن يكون أمير المؤمنين عليه السلام رأى المصلحة في ذلك الوقت وضع هذا المقدار ، واذا تغيرت المصلحة الى زيادة ونقصان غيّره ، وانما يكون منافيا لو وضع ذلك عليهم ونفى الزيادة عليه والنقصان في جميع الأحوال : وليس ذلك في الخبر (٢) .

قلت : ومثله القول في الخراج منوط بالمصلحة وعرف الزمان ـ كما يأتي ان شاء الله : وهذا التقدير ليس على سبيل التوظيف ، بل بحسب مصلحة الوقت :

واعلم أن الذي أوردته من لفظ الحديث : هو ما أورده الشيخ ـ رحمه الله ـ في (التهذيب) ، لكن ، وجدت نسخة مختلفة العبارة في ايراد (الرساتيق) المذكورة ، فهي في بعضها : (نهر سربا) بالباء الموحدة والسين المهمله المكسورة ، و (نهر جوير) بالنون والجيم المفتوحة والياء المثناة من تحت بعد الواو المكسورة . وفي بعضها : (جوبر) بالجيم والباء الموحدة بعد الواو المكسورة .

وقال ابن ادريس ـ بعد أن أورد الحديث في (السرائر) بعطف (البهقباذات) على (المدائن) بالواو : « نهر سربا ـ بالباء المنقطة تحتها نقطة واحدة ، والسين غير المعجم ، هي المدائن : والدليل على ذلك : أن الرواي قال : استعملني على اربعة رساتيق ثم عد خمسة ، وذكر المدائن ثم ذكر من جملة الخمسة : نهر سربا ، فعطف على اللفظ دون المعنى »

(١) هذا نقل مضمون كلام الشيخ في (التهذيب ، كتاب الزكاة ، ٣٤ باب الخراج وعمارة الأرضين) بعد ذكره للحديث المذكور.

(٢) في بعض النسخ الخطية والمطبوعة : (وحسبناها) .

ثم شرع في بيان جواز مثل هذا العطف ـ إلى أن قال ـ : « فأما البهقباذات فهي ثلاث : البهقباذ الأعلى ، وهو ستة طساسيج » ثم ذكر أسماءها والبقباذ الأوسط اربعة طساسيج ـ ثم ذكر أسماءها ، والبهقباذ الأسفل خمسة طساسيج ـ وصنع مثل ذلك . والذي وجدته في نسخ (التهذيب) : (المدائن البهقباذات) بغيرواو (١) كما وجدت في نسخة (التهذيب) : .

ثم ذكر كلاماً لا حاجة لنا في نقله ـ ثم قال ـ : وأما أرض الشام ، فقد ذكر كونها مفتوحة عنوة بعض الأصحاب ، وممن ذكر ذلك العلامة في ـ كتاب احياء الموات من التذكرة ـ ولكن لم يذكر حدودها .

وأما البواقي ، فقد ذكر حكمها قطب الدين الراوندي في (شرح نهاية الشيخ) ، واسنده إلى (المبسوط) ، وهذه عبارته : والظاهر على ما في المبسوط ـ أن الأرضين التي هي من أقصى خراسان إلى كرمان وخوزستان وهمدان وقزوين وما حواليها أخذت بالسيف .

هذا ما وجدته ـ فيما حضرني من كتب الأصحاب ، والله أعلم بالصواب ـ » (٢) انتهى موضع الحاجة من نقل كلامه ، رفع في الخلد مقامه ـ :

هذا تمام الكلام في عامرة المفتوحة عنوة .

وأما مواتها : فهي للامام عليه السلام على المشهور شهرة عظيمة ، بل الاجماع عليه مستفيض النقل . مضافاً ـ إلى المعتبرة المستفيضة الدالة

---

(١) وكذلك وجدنا النسخة المصححة المطبوعة في النجف الأشرف سنة ١٣٧٩هـ

(٢) إلى هنا ينتهي نقل ما في رسالة المحقق الكركي بنصها المدرج في المقدمة الرابعة منها .

على أن موات الأرض من الانفال للامام (١) وعمومها الشامل لموات (العنوة) وغيرها . وان كان معارضاً بالعموم من وجه ، لعموم أخبار حكم (المفتوحة عنوة) من كونها للمسلمين عامرة كانت أو مواتاً - إلا أنه مرجح على عموم أخبار (العنوة) بالشهرة العظيمة والاجماعات المستفيضة .

ثم إن مقتضى كون الموات - مطلقاً - من الأنفال للامام عليه السلام يشكل الحكم بكون المحياة عند الفتح على إطلاقه للمسلمين ، لأن ما كان منها محياة بعد شرع الأنفال الى وقوع الفتح كان إحياء لملك الامام (ع) - حينئذ - بغير إذنه وغاصباً في تصرفه ، والمغصوب من الغنائم مردود إلى صاحبه .

فلابد في التخلص عنه من ارتكاب أحد المحاذير الثلاثة : إما بتخصيص العام المحكوم بكونه للمسلمين بما كان عامراً قبل شرع الأنفال - كما اختاره شيخنا في الجواهر ، في الأنفال من كتاب الخمس (٢) - ونفى عنه البعد

(١) الروايات الدالة على ذلك كثيرة ، يستعرضها الحر العاملي في وسائله كتاب الخمس أبواب الأنفال وما يختص بالامام،من ذلك : رواية حماد بن عيسى عن العبد الصالح (ع) - في حديث طويل - : وللامام صفو المال أن يأخذ من هذه الأصول - إلى أن قال - : وله بعد الخمس الأنفال ، والأنفال كل خربة باد أهلها ، وكل أرض لم يوجف عليها بخيل ولا ركاب . . . وله رؤوس الجبال وبطون الأودية والاجام وكل أرض ميتة لا رب لها . . . » . ويأتي من سيدنا المصنف استعراض تلك الروايات بعنوان المقالة الرابعة في أرض الانفال :

(٢) قال - فيما يلحق بذلك من المقصد الأول في الانفال - : « . . . واطلاق الأصحاب والأخبار ملكية عامر الأرض المفتوحة عنوة للمسلمين يراد به ما أحياه الكفار من الموات قبل أن جعل الأنفال لنبيه (ص) وإلا فهو له ايضاً وان كان معموراً وقت الفتح . . . » .

بعد أن احتمله الفاضل الجواد في (شرح اللمعتين) ، أو بكون الاحياء - مطلقاً - من الأسباب المملكة لها الى المحيي ، أو بتخصيص مادل على كون المغصوب مردوداً بغير المغصوب من الامام :

والكل كما ترى ، لا يمكن الالتزام بواحد منه :

أما الأول ، فلعدم الاشعار به في شيء من الأخبار ، وكلمات الأصحاب ، المشحونة كتبهم بجعل الميزان عندهم في كونه للمسلمين الحياة عند الفتح وعدمه ، لا قبل شرع الأنفال وبعده . ولم نعثر على من تفوه بذلك عند ذكر احكام (المفتوحة) . بل اعترف بذلك شيخنا في (الجواهر) في كتاب إحياء الموات (١) . مع أنه يشكل فيما كان مشكوكاً عمارته بعد شرع الأنفال أو قبله - الحكم بكونه للمسلمين ، لعدم ثبوت العمارة قبله . سيما مع اصالة تأخر الحادث . فلا يثبت بها الموات عند شرع الأنفال ، حتى يحكم به للامام ، لأنها من الأصول المثبتة . فلا يثبت بالأصل كل من العنوانين الوجوديين : المحياة قبل شرع الأنفال ، والموات عنده - . بل الأصل يقتضي عدم الأول ، ولا يثبت به الثاني .

وأما الثاني ، فلأن سببية الاحياء لتملك المحيي مشروطة - نصاً وإجماعاً - باذن الامام - عليه السلام - المفقود في المقام :

ودعوى كفاية الاذن العمومي المحقق بعمومات أخبار الاحياء .

فيها - أولاً - منع شمولها للكفار ، لتقييد بعضها بالمسلمين ، كصحيحة الكابلي : عن الباقر (ع) : « قال : وجدنا في كتاب علي (ع) : أن

---

(١) قال - في أوائل الكتاب مع درج كلام المحقق - : « وكيف كان فلا خلاف أجده في أن عامر الأرض المفتوحة عنوة وقهراً وقت الفتح للمسلمين قاطبة - الى قوله - : وما كان منها مواتاً وقت الفتح فهو للامام بلا خلاف أجده فيه : . . » .

الأرض لله يورثها من يشاء من عباده والعاقبة للمتقين ، أنا وأهل بيتي الذين أورثنا الله الأرض ، ونحن المتقون والأرض كلها لنا . فمن أحيى أرضاً من المسلمين فليعمرها وليؤد خراجها الى الامام من أهل بيتي ، وله ما أكل منها حتى يظهر القائم من أهل بيتي بالسيف ، فيحويها ويمنعها ويخرجهم منها كما حواها رسول الله ـ صلى الله عليه وآله وسلم ـ ومنعها إلا ما كان في أيدي شيعتنا ، فيقاطعهم على ما في أيديهم ، ويترك الأرض في أيديهم . . . » الحديث (١) .

ولعل القيد ـ هنا ـ من القيود الاحترازية ، كالواقعة في الحدود ، وموارد إعطاء القاعدة ، فينزل عليها إطلاق الأخبار الواردة ـ مطلقاً ـ في سببية الاحياء للملكية .

وثانياً ـ توقفه على اذن الامام في حال الحضور اتفاقي ـ كما ستعرف ـ ولولاه لم يبق مورد لاعتبار إذن الامام في سببية الاحياء ، إذ لم ينفك الاذن منه في زمن النبي (ص) المنقول عنه بعض تلك الأخبار .

وثالثاً ـ لو تنزلنا وسلمنا ، فيكون المعتبار ـ حينئذ ـ في الحياة والموات الموجبين لكونه للمسلمين أو للامام : هو زمان صدور الاذن منه بالاحياء ، لا زمان الفتح ولا زمان نزول آية الانفال . وهو ـ كما ترى ـ من سخيف الأقوال .

---

(١) راجع : الحدائق الناضرة للبحراني ج ١٢ ص ٤٣٥ كتاب الخمس طبع النجف الأشرف . وراجع التهذيب للشيخ الطوسي ، كتاب التجارات ١١ باب أحكام الأرضين : وسقط من تمام الحديث بين كلمة (وله ما أكل منها) وبين كلمة (حتى يظهر القائم) هذه الجملة : وان تركها وأخربها فأخذها رجل من المسلمين من بعده فعمرها وأحياها فهو أحق بها من الذي تركها . فليؤد خراجها الى الامام من أهل بيتي ، وله ما أكل حتى . . .

وأما الثالث : فلأن المغصوب من مسلم أو مسالم مردود عليه ، فكيف بالمغصوب من امام المسلمين ؟ .

واحتمال العطية منه ـ عليه السلام ـ للمسلمين بعد رد المغصوب اليه فيكون تملكهم من الامام ـ عليه السلام ـ بالعطية لا من الكفار بالعنوة : يدفعه ظهور أخبارهم في النصوص بكونها لهم بالأصل لا بالعطية منهم .

اللهم إلا أن يجاب عن الاشكال باليد بدعوى أن محياة الأرض عند الفتح مما هي تحت يد الكفار محكومة بالملكية لهم باليد التي لم يفرق في كونها إمارة عليها بين المسلم والكافر بعد إمكان الصحة بنحو من الوجوه التي منها إحياؤها قبل شرع الانفال ، فاذا كانت عند الفتح محكومة لهم بالملكية كانت بالفتح للمسلمين ، وهو حسن ، غير أن مفاده حكم ظاهري لا يتمشى في مورد لو فرض العلم بحدوث عمارته بعد شرع الأنفال :

أو يجاب عنه بدعوى منع دخول الموات التي تحت يد الكفار المستولين عليها في الأنفال حتى يشكل الخروج عنه باحياء الكفار لها بعد تقييد الموات التي للامام بما لا رب لها ـ كما يأتي ـ . ومقتضاه تنويع الموات عند شرع الأنفال واختصاص نوع منها ، وهو كل موات لا رب له ، بالامام :

وفيه ـ مع أن الموات الأصلي لا تملك بمجرد الاستيلاء ، ووضع اليد عليها حتى لو كانت من المباحات إلا بالاحياء ـ كما يأتي المالك مزيد توضيح إن شاء الله تعالى ـ أنه لم يقم دليل في خصوص موات المفتوحة عنوة أنها منتقلة من الكفار الى الامام بالعنوة كالمحياة المنقولة منهم الى المسلمين بها ، بل الحكم بكونها للامام ـ عليه السلام ـ مستفاد من العمومات الدالة على أن الموات له ـ ـ بعد تقديمها على عمومات (المفتوحة عنوة)

للمسلمين ، حيث كان التعارض بينهما بالعموم من وجـه . ومقتضاه - بعد الترجيح - أن ما كان للكفار من الأراضي وليس إلا المعمورة منها منتقلة بالعنوة الى المسلمين :

وأما الموات ، فمن أصلها للامام ، وإلا كانت الأرض المفتوحة بقسميها - محياتها ومماتها - للمسلمين بحكم عمومات أخبار العنوة . واحتجنا في إخراج الموات منها إلى دليل خاص بالنسبه اليها بالخصوص . ومنه يعلم أن المملوكة من الأراضي للكفار حينما كانت الموات من المباحات قبل شرع الأنفال اذا عرض لها الموت بعـده واستمر مواتاً الى وقت الفتح كانت للمسلمين أيضاً كالمحياة منها ، وليست من الموات التي لا رب لها حتى تكون للامام ، بل هي كذلك حتى لو ماتت قبل الأنفال بعد أن كانت مملوكة عنـد شرعه ، بناء على سببية الاحياء للتملك - مطلقاً - واختصاص الموات للامام بما لارب لها - مطلقاً - ولوكان كافراً - فتأمل - .

ولا ينافي ذلك كلامهم المنزل على الغالب باختصاص المحياة عنـد الفتح بالمسلمين - فافهم - :

وكيف كان ، فالموات للامام - عليه السلام - لا يجوز لأحـد التصرف فيها إلا باذنه - عليه السلام - ويشترط في تملكها بالاحيـاء - الاذن منه ، إجماعاً محكياً في ظاهر (التذكرة) و (التنقيح) وصريح (الخلاف) و (جامع المقاصد) بل في (المسالك) : دعوى الاتفاق على اعتباره حال الحضور (١) - مضافاً الى الأصل وقاعدة حرمة التصرف

(١) في أخريات كتاب الخمس - في شرح قول المحقق : مسائل : - الأولى - لايجوز التصرف في ذلك بغير إذنه . . . قال « . . اشار بذلك إلى الأنفال المذكورة ومنها ميراث من لاوارث له عندنا ، وظاهر العبارة تحريم التصرف في ذلك حالة حضوره وغيبته . . . » .

في مال الغير بغير إذنه ، ومقتضاه المنع بدونه مطلقاً ولو في زمان الغيبة .

نعم ، يشكل ذلك بما ورد من أخبار إحياء الموات الدالة بظاهرها على سببية الاحياء للتملك من دون توقف على شيء ، وهي مروية عند الفريقين مسلمة عند الطائفتين .

فمن طريق الجمهور : ما عن سعيد بن زيد : أن النبي (ص) قال : « فمن أحيى أرضاً ميتة فهي له وليس لعرق ظالم حق » (١) . وما عن عائشة : « قال رسول الله (ص) : من أحيى أرضاً ليست لأحد فهو أحق بها » (٢) . وما عن سمرة : « أن رسول الله (ص) قال : من أحاط حائطاً على أرض فهي له » (٣) .

ومن طرق الخاصة : ما رواه محمد بن مسلم : « في الصحيح عن الباقر ـ عليه السلام ـ قال : أيما قوم أحيوا أرضاً ميتة أو عمروها فهم أحق بها وهي لهم » (٤) . وما عن السكوني : « عن الصادق عليه السلام قال : قال رسول الله (ص) : من غرس شجراً أو حفر بئراً لم يسبقه أحد اليه أو أحيى أرضاً ميتة فهي له قضاء من الله عز وجل ورسوله » (٥) وفي الحسن : « عن زرارة ومحمد بن مسلم وأبي بصير وفضيل وبكير وحمران وعبد الرحمن ابن أبي عبد الله عن الباقر والصادق عليهما السلام : « قال قال

---

(١) الجامع الصغير للسيوطي في مادة (من) ويذكر فقرته الأولى : المناوي في (كنوز الحقائق) في نفس المادة .

(٢) يذكره المناوي في (كنوز الحقائق) بمادة (من) .

(٣) الجامع الصغير للسيوطي في ماة (من) بلفظ : من أعمر أرضاً . . .

(٤) تهذيب الشيخ الطوسي ، كتاب التجارات ، ١١ باب احكام الأرضين حديث تسلسل (٦٧١ ـ ٢٠) .

(٥) راجع نفس المصدر ، حديث تسلسل (٦٧٠ ـ ١٩) .

رسول الله (ص) من أحيى أرضاً مواتاً فهي له »(١) الى غير ذلك .

وهذه الأخبار - كما تراها - ظاهرة في كون الاحياء سبباً تاماً في الملكية ، حتى أن بعض الأصحاب - بل لعل المشهور - لم يعتبر الاذن في الغيبة ، تمسكاً بهذه العمومات .

وليت شعري ، إن استفيدت السببية التامة منها كان اللازم عدم اعتبار الاذن - مطلقاً - حتى عند الحضور الذي هو زمن ورود هذه الأخبار ، وإلا فلا يسقط اعتباره بها في الغيبة :

فالقول بالتفصيل بين الزمانين ضعيف ، إلا أن يقال باشتراط الاذن في حال الحضور من جهة الاجماع المنقول في (الروضة) على اعتباره فيه بالخصوص : وعليه يحمل إطلاق معقد غيره من الاجماعات : وبه تخصص عمومات الأخبار .

هذا ، ويحتمل - قوياً - أن يقال : مفاد هذه الاخبار هو الترخيص منهم بالإحياء ، فالاذن منهم حاصل بها مدلولا عليه بدلالة الاقتضاء إن لم نقل بالمطابقة او التضمن ، فهو على حد قول مالك الدار : (من دخل داري فله كذا) المستفاد منـــه حصول الاذن بدخول الدار ، فلا ينافي اعتبار الاذن بالاحياء مطلقاً في زمان الحضور والغيبة . غير أن الاذن منه حاصل بهذه العمومات : فالاذن من الامام معتبر - مطلقاً - وهو حاصل منه كذلك :

وبذلك يجمع بين أخبار الاحياء ، وما دل على اعتبار الاذن : من إطلاقات معاقد الاجماعات ، وقاعدة حرمة التصرف في مال الغير بغير إذنه :

لكن يشكل - حينئذ - من جهة أخرى ، وهي أن الترخيص بالاحياء

(١) راجع : نفس المصدر ، حديث تسلسل (٦٧٣ - ٢٢) .

الموجب للملكيــة المفروض حصوله من النبي (ص) ، مستلزم لنقض الغرض من شرع الموات من الأنفال ، المقصود به التوسعة في مال النبي (ص) والامام ، ضرورة أن الأرض ما دامت ميتة لا ينتفع بها ، فاذا أحييت ملكها المحيي ، فتى يكون ذلك توسعة في ماله (ع) ؟ وهو مناف للغرض المقصود من تشريعه .

اللهم إلا أن يقال : إن الاذن الصادر من أحدهم - ولو بالعموم - بنحو « من أحيى أرضاً » لا ينفذ على الامام الآخر ، غير الصادر منه ذلك : إذ ليس الاذن هنا وبيان الترخيص فيه من قبيل الأحكام الآلهية المعلوم في بيانها أنهم لسان واحد ، بل هو إذن مالكي في التصرف في ملكه فان انتقل الملك من أحدهم الى آخر توقف التصرف فيه على إذن المنتقل اليه ورضاه :

نعم ، من أحيى في زمن الصادر منه الاذن بالاحياء بعد صدوره منه ، ملكها بالاحياء . واما قبله ، او في زمان من لم يصادر منه ، فيحتاج إلى الاستيذان منه - عليه السلام - . وحينئذ لا تنفع العمومات في زمان الغيبة ، وان استفيد الاذن منها ، إلا اذا ورد نحوها من الحجة - عجل الله فرجه - .

وحينئذ ، فيبقى الاشكال في التملك به في زمن الغيبة . إلا أن يثبت للشيعة بأخبار التحليل ، سيما بالنسبة إلى أراضيهم الواردة منهم في اباحتها لهم - أخبار كثيرة ، وغيرهم لا يملكونها بالاحياء ، لفقدان الشرط وهو الاذن بالنسبة اليهم ، وإن وجب علينا ترتب أحكام الملكية الظاهرية لهم بالنسبة الى ما هي تحت أيديهم مما احيوها كغيره مما استحلوه من امواله - عجل الله فرجه - .

مع إمكان أن يقال في الجمع بين أخبار الاحياء ، وما دل على توقف

التصرف في مال الغير على الطيب والرضا ، وعموم سلطنة الناس على أموالهم - بعد أن كان التعارض بينهما بالعموم من وجه - بوجه آخر : وهو منع إفادة أخبار الاحياء التملك المجاني من دون أن يكون للامام عليه السلام فيه حق ، فيكون للامام عليه السلام فيه بحسب ما يقاطع المحي عليها في زمان حضوره وبسط يده ، ومع عدمه فله أجرة المثل : ولا ينافي ذلك نسبة الملكية إلى المحيي في أخبار الاحياء : وان هي الاجارية مجرى كلام الملاكين للفلاحين في العرف العام عند تحريضهم على تعمير الملك من عمرانها أو حفر انهارها وكرى سواقيها ، فهي له ، الدالة على أحقيته من غيره وتقدمه على من سواه ؛ لا على نفي الملكية من نفسه وسلب المالكية عن شخصه : فالحصة الراجعة إلى الملاك المعبر عنها (بالملاكة) مستحقة له غير منفية عنه ، وان أضاف الملك إليهم عند الترخيص والاذن العمومي ، غير أن الشيعة محللون بالنسبة إلى ما يرجع إلى الامام مما يستحقه من أجرة المثل أو حصة (الملاكة) ويشهد لما ذكرنا من الأخبار : صحيحة الكابلي المتقدمة المتضمنة لتعلق الخراج والطسق للامام عليه السلام في المحياة من اراضيهم ممتداً إلى ظهور القائم بالسيف (١) .

وصحيحة عمر بن يزيد ، وفيها : « وكل ما في أيدي شيعتنا من الأرض فهم محللون ، كل ذلك حتى يقوم قائمنا ، فيجبيهم طسق ما كان في أيديهم ويترك الأرض في أيديهم ، وأما ما كان في أيدي غيرهم فان كسبهم من

---

(١) وهي مفصلة ، راجعها في : وسائل الحر العاملي ، الباب ٣ من (إحياء الموات) ، وفي الحدائق الناضرة كتاب الخمس ج ١٢ ص ٤٣٥ طبع النجف الأشرف وتقدم ذكرها في هذا الكتاب ص ٢٢٨ .

الأرض حرام عليهم حتى يقوم قائمنا ، فيأخذ الأرض من أيديهم (١) :

ورواية يونس - أو المعلى - : « مالكم في هذه الأرض ؟ فتبسم - إلى أن قال - : فما سقت - أو استقت - فهو لنا ، وما كان لنا فهو لشيعتنا » (٢) .

المقالة الثانية - في أرض الصلح :

ويعبر عنها بـ (أرض الجزية) وأرض الذمة . وهي كل أرض لهم فتحت صلحاً : إما على أن الأرض لهم والجزية فيها عليهم . وإما على أنها للمسلمين ، والجزية في أعناقهم .

فهي - بهذا الاعتبار - تنقسم على قسمين :

قسم منها - وقوع الصلح معهم على أن أرضهم لهم والجزية فيها بحسب ما يصالحهم الامام أو نائبه : من النصف أو الثلث أو غير ذلك وله الزيادة والنقيصة ، ولكن بعد انقضاء مدة الصلح ، لأنه من الصلح الجديد يتبع نظره فيه :

وهذه الأرض التي وقع الصلح مع أهلها كذلك ، ملك لأربابها يتصرفون فيها تصرف الملاك في أملاكهم ، ليس عليهم منها شيء سوى الضريبة المضروبة فيها بالصلح حتى الزكاة ، لأن مقتضاه إقرارهم على أديانهم ومعتقداتهم الذي منه عدم وجوب الزكاة عليهم .

والظاهر أن مواتها للامام عليه السلام كموات (العنوة) إلا اذا اندرجت

(١) راجع : الحدائق الناضرة للبحراني ، كتاب الخمس ج ١٢ ص ٤٣٥ طبع النجف الأشرف ، ولقد مر ذكرها في هذا الكتاب ص ٢٢٦ .

(٢) المقصود : يونس بن ظبيان أو المعلى بن خنيس . والرواية مفصلة ، ذكرها البحراني في (الحدائق الناضرة كتاب الخمس، ج ١٢ص٤٢٤) طبع النجف الأشرف .

في الصلح ، فتكون لهم يملكونها بالاحياء . وحيث كانت الأرض مملوكة لهم ، جاز لملاكها بيعها وسائر النواقل فيها ، لعموم السلطنة . وحينئذ ، فلو باعها من غيره كان الخراج على البائع منتقلا من الأرض إلى ذمته على المشهور شهرة عظيمة . بل عن ظاهر (الغنية) : الاجماع عليه (١) بل كاد أن يكون مما لا خلاف فيه ، إلا ما يحكى عن الحلبي حيث أوجبه على المشتري لأنه حق على الأرض فيجب على من انتقلت اليه . وفيه منع تعلقه بها مطلقاً ، ومن حيث هي ، بل متعلق بها من حيث كونها للكافر المطلوب منه الجزية المضروبة في نوع مخصوص من ماله ، فاذا انتقل منه انتفى التعلق ، وموضوعه الخاص .

نعم ، ربما يشهد له من الأخبار : صحيحة ابن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام : عن شراء أهل الذمة ، فقال : « لا بأس ، فيكون ذلك اذا كان ذلك بمنزلتهم » ونحوها : أخرى مضمرة « يؤدي كما يؤدون » (٢) وخبر ابن شريح المتقدم ـ وفيه : « سألت أبا عبد الله عليه السلام

---

(١) قال ابن زهرة في آخر كتاب الخمس من (الغنية) المطبوع ضمن مجموعة (جوامع الفقه) : « وأما أرض الصلح فهي أرض الجزية . . . وتسمى الخراجية ، وقد بينا أن ذلك يختص بأهل الكتاب وهذه الأرض يصح التصرف فيها لأربابها . . . وإذا بيعت الأرض لمسلم يسقط خراجها ، وانتقلت الجزية إلى رأس بايعها به ـ الى قوله ـ : ودليل ذلك كله الاجماع المتكرر وفيه الحجة » .

(٢) الحديث الموجود في (تهذيب الشيخ الطوسى ، كتاب الخمس ، باب الأنفال ـ في الزيادات حديث (٤٠٨) هكذا : « وعنه عن علي عن حماد عن حريز عن محمد بن مسلم وعمر بن حنظلة عن أبي عبدالله ـ عليه السلام ـ قال : سألته عن ذلك فقال : لا بأس بشرائها ، فانها اذا كانت بمنزلتها في ايديهم يؤدي عنها كما يؤدي عنها » وتقدم ذكر الخبر في هذا الكتاب ص ٢٤١ .

عن شراء أهل الخراج ، فكرهه ، وقال : إنما أرض الخراج للمسلمين فقال : إنه يشتريها الرجل وعليه خراجها ؟ قال : لا بأس إلا أن يستحي من عيب ذلك » (١) بناء على أن الوجه في الاستحياء المستثنى هو التشبه بهم في اعطاء الجزية ، فتكون قرينة على إرادة أرض الذمة من أرض الخراج المسؤول عنه في صدر الخبر .

إلا أنها مع كون الثانية مضمرة موهونة باعراض الأصحاب عنها - غير مكافئة لدليل المشهور : من الاجماع المعتضد بالشهرة العظيمة ، بل بدعوى غير واحد عدم الخلاف فيه إلا منه :

فلتحمل على مالا ينافي ذلك من المحامل التي منها - إرادة الأراضي الخراجية والترخيص في شراء آثارهم فيها ، ومنها - الحمل على مالو شرط عليه ذلك ، بناء على شمول أدلة الشروط له - ومنها - إرادة الاشارة بقوله : « اذا كان ذلك في الأولى » الى ظهور الحجة - عجل الله فرجه - دون البيع والشراء - كما حكاه عن الوافي في مفتاح الكرامة - :

وفيه - أيضاً - احتمال إرادة الاستحياء من الجائر بمطالبة الخراج دون التشبه بهم في الجزية . وإن كان فيهما بُعد - :

وعلى كل حال ، فالحق ما عليه المشهور : من انتقال الخراج إلى ذمة البائع - مطلقاً - وإن كان المشتري من أهل الذمة ، إذ لا يجب عليه دفع الجزية عن الغير وتحمل جزيتين ، وإن كان هو من أهل الجزية . وإن كان في بعض العبارات تقييـد ذلك بالمسلم ، والاستدلال عليه بأنه جزية ، وهي منتفية عنه ، إلا أن نظرهم في مقابل الحلبي المطلق ، لكونه على المشتري ، لأنه حق على الأرض ، فيجب على من انتقلت اليه .

هذا ، ومثله في الانتقال الى ذمة البائع في البيع : الانتقال الى ذمة

---

(١) راجع ص ٢١٢ من هذا الكتاب .

المؤجر او آجرها للغير ، فان الأجرة له والخراج عليه من غير خلاف محقق إلا عن الحلبي فيه - أيضاً - وهو على أصله : من أنه حق على الأرض ولو في منفعتها ، فيجب على من انتقلت اليه .

نعم في (الجواهر) حكى الخلاف فيه عن (التذكرة) و (التحرير) (١) وان كنا لم نتحققه ولعله لبعض نسخ الأول حيث فيها « ويجوز للمسلمين استيجارها منهم لأنها ملك له . وتكون الأجرة والخراج عليه » (٢) انتهى مستشعراً من عطف الخراج على الأجرة المعلوم كونها على المستأجر .

وفيه : إن الظاهر سقوط لفظ (له) بعد (الأجرة) فيكون الخراج على من له الأجرة ، وهو الكافر المؤجر - كما في بعض النسخ المصححة - :

ويؤيده : ما في (المنتهى) : « فاذا آجرها كانت الأجرة له والخراج عليه » ومثله في (التحرير) (٣) فلم يتبين منه القول بالتفصيل بين البيع

---

(١) قال - رحمه الله - في كتاب الجهاد - في شرح قول المحقق : وكل أرض فتحت صلحاً فهي لأربابها . : . - « . . . هذا كله أي بيع الأرض وغيره من تصرف الملاك - او صولحوا على أن الأرض لهم ، وفي ملكهم يتصرفون فيها تصرف الملاك في أملاكهم ، إذ هو كالصريح في عدم تعلق حق للمسلمين فيها ، لا في العين ولا في المنفعة ، وحينئذ يتجه اشتغال ذمة البائع بعوض الصلح ، وأولى بذلك مالو آجرها من في يده فان الأجرة له وعوض الصلح عليه ، لكن في (التذكرة) و (التحرير) : أنه على المستأجر ، كما عن الحلي : : . » .

(٢) هذه الجملة بنصها في (التذكرة) المطبوعة في ايران ، راجع : كتاب الجهاد ، البحث الثالث في أحكام الأرضين ، مسألة - اذا نزل الامام على بلد فحاصره : . :

(٣) وتمام الجملة في (منتهى العلامة) كتاب الجهاد ، البحث الثالث في أحكام الأرضين ، القسم الرابع أرض الأنفال ، مسألة اذا نزل الامام على بلد =

والاجارة .. بل قد يقال بأولويتها منه على القول بكون الخراج على البائع ؛

ثم ليعلم : إن مصرف هذا الخراج مصرف منقول الغنيمة ـ على ما طفحت به عبارات الأصحاب ، لكونه مأخوذاً منه بنوع من (العنوة) فيخرج منه الخمس ـ أولا ـ ثم يعطى الباقي للمجاهدين ولو كان مأخوذاً بالأقساط والدفعات ؛ وفي زمن الغيبة للمتشبهين بهم من الجند والعسكر وحماة الثغور ، لأنهم ـ اليوم ـ في الحقيقة بمنزلة المجاهدين في مصافهم في قبال الكفار أو أقرب ما يكون اليهم ؛ ولا أرى وجهاً للدفع الى الفقراء مع وجودهم ـ كما يظهر من السرائر ـ حيث قال : « وكان المستحق للجزية على عهد الرسول (ص) المهاجرين دون غيرهم ـ على ما روي ـ وهي ـ اليوم ـ لمن قام مقامهم مع الامام في نصرة الاسلام والذب عنه ولمن يراه الامام من الفقراء والمساكين من سائر المسلمين » (١) .

ولعله للأصل : وفيه أنه ـ لو سلم ـ فمقطوع بما رواه الشيخ في الصحيح : (٢) عن محمد بن مسلم عن أبي جعفر ـ عليه السلام ـ قال : سألت عن سيرة الامام ـ عليه السلام ـ الى أن قال ـ : إن أرض الجزية لا ترفع عنهم الجزية إنما الجزية عطاء المهاجرين والصدقات لأهلها الذين سمى الله تعالى

= فحاصره . . . الى قوله : ويجوز للمسلم استيجارها منهم لأنها ملك له فجاز له ان يلزمها كما يجوز له أن يؤجر فرسه ، فاذا آجرها . . . » .

ومن (التحرير للعلامة) راجع : كتاب الجهاد ايضاً ، الفصل الرابع في الغنيمة ، القسم الثالث في الأرضين (الرابع ـ أرض الأنفال اذا نزل الامام على بلد فحاصره . . . يقول : « . . . ويجوز للمسلم استيجارها منهم وتكون الاجرة له والخراج عليه . . . » .

(١) راجع : سرائر ابن ادريس الحلي ، آخر كتاب الزكاة ، باب الجزية وأحكامها . (٢) تهذيب الشيخ ، كتاب الزكاة ـ ٣٣ ـ باب مستحق عطاء الجزية .

في كتابه ليس لهم في الجزية شيء » الحديث . ومثله : صحيحة ابن أبي يعفور (١) فان الذين سماهم في آية الزكاة منهم الفقراء ، وقد نص فيه على أنه ليس لهم في الجزية شيء .

ولعله لذا قيده في (القواعد) بقوله : وما يؤخذ صلحاً أو جزية فهو للمجاهدين ، ومع عدمهم لفقراء المسلمين » انتهى (٢) وهو حسن :

هذا بالنسبة الى الجزية الموجودة عوض الصلح عن دفع القتال عن أنفسهم .

وأما جزية المعاوضة ، وهي المأخوذة على وجه المعاوضة لدخول بلاد الاسلام حقناً لدمائهم وصيانة لأموالهم ، فالقاعدة فيها مساواة المجاهدين مع غيرهم ، ولا وجه لاختصاصهم بها . وإن روي العطاء لهم على عهدة الرسول (ص) فهو حكاية فعل لم يعلم منه الخصوصية لو فرض العلم بكونه كان من القسم الثاني منها ، ومورد الصحيحة المتقدمة هو القسم الأول . ولعل اللام في الجزية ، للعهد الذكري دون الجنس ، فالجزية المأخوذة من القسم الثاني راجعة الى بيت مال المسلمين مصروفة في مطلق مصالحهم غير مختصة بالعامة منها ، إن لم يقم - كما هو الظاهر - دليل خاص على اختصاصها بالمجاهدين .

---

(١) ففي تهذيب الشيخ آخر كتاب الخمس ٣٩ باب الزيادات حديث رقم (٣٨٠ - ٢) : « عنه (أي محمد بن يعقوب) عن عدة من أصحابنا عن سهل ابن زياد عن أحمد بن محمد بن أبي نصر عن ابن أبي يعفور عن أبي عبد الله (ع) : إن أرض الجزية لا ترفع عنهم الجزية ، وإنما الجزية عطاء المهاجرين والصدقة لأهلها الذين سماهم الله في كتابه ، وليس لهم من الجزية شيء . . . » .

(٢) راجع من قواعد العلامة : آخر كتاب الجهاد (خاتمة) ما يؤخذ من أموال المشركين . . .

ومنه يظهر ما في (القواعد) من عطفه الجزية على الصلح - إن أريد تغايرهما - .

وقسم آخر - وقوع الصلح معهم على أن تكون الأرض للمسلمين ولهم السكنى والجزية في أعناقهم فهي بحكم (المفتوحة عنوة) بل هي منها بلاخلاف أجده فيه - كما اعترف به بعضهم - فيكون عامرها للمسلمين - قاطبة - بعد إخراج الخمس منها ، ومواتها للامام عليه السلام ، والجزية للمقاتلة .

ثم الظاهر عدم مشروعية الصلح الموجب لحقن الدم واحترام المال مع غير أهل الذمة من الكافر الحربي ، لعدم انفكاك الاباحة بالنسبة إلى دمائهم وأموالهم وعدم سقوطها إلا بالاسلام .

ومنه يظهر الوجه في تسمية هذه الأرض بأرض الجزية ، كما عن النهاية ، والغنية ، والوسيلة والمنتهى ، والسرائر ، والتذكرة ، وقاطعة اللجاج (١) وغيرها . بل عن الغنية ، والروضة وموضع من (النهاية) : إن أرض الصلح هي أرض أهل الذمة . ولعل من أطلق العنوان بأرض الصلح كالمحقق في (الشرائع) و (النافع) وغيره ، اتكالا على المفروغية عنه ، دون التعميم .

نعم ، لا تمنع إجراء حكم الصلح الصحيح في مرحلة الظاهر اذا اقتضت مصلحة كلية بوقوع صورة الصلح معهم ، فيكف عن دمائهم وأموالهم مماشاة معهم في الظاهر ، إجراء لاقتضاء المصلحة دون عقد الصلح فلا يخرجون بذلك عن كونهم مهدورين في الواقع ، وإن كانوا محفوظين

---

(١) النهاية للشيخ الطوسي ، والغنية لابن زهرة ، والوسيلة الى نيل الفضيلة لابن حمزة . والمنتهى للعلامة ، والسرائر لابن ادريس الحلي ، والتذكرة للعلامة ، وقاطعة اللجاج للمحقق الثاني الكركي .

في الظاهر بسبب المصلحة . وهذا بخلاف الجزية الموجبة للحكم الواقعي في حقهم ما داموا قائمين بشرائط الذمة .

ولعله الى ما ذكرنا أشار المولى الأردبيلي - رحمه الله - في (شرح الارشاد) بقوله : « هذا إنما يكون مع قوم يصح أخذ الجزية منهم وتقريرهم عليها وعلى دينهم ، وهو ظاهر ، وإن فعل مثل ذلك بغيرهم فلا يكون المأخوذ جزية ، ويكون ذلك صلحاً لمصلحة يعلمها صاحبها (١) وعليه ينزل كلام شيخنا في (الجواهر) حيث قال - في وجه تسمية بعض أرض الصلح بارض الجزية - : « ولعل المراد : أنه الذي وقع من النبي (ص) وإلا فالظاهر من المصنف وغيره عدم الفرق بينهم وبين غيرهم ، لعموم أدلة الصلح ، وليس ذلك من الجزية المختصة بأهل الكتاب ، اللهم إلا أن يدعى اختصاص مشروعية الصلح بهم كالجزية » انتهى (٢) .

وبعد تحرير هذه الكلمات عثرت على عبارة (المنتهى) وهي : « مسألة اذا حاصر الامام حصناً لم يكن له الانصراف عنه إلا باحد امور خمسة : الأول - أن يسلموا - الى أن قال - : الثاني - أن يبذلوا مالا ، فان كان جزية ، وهم من أهلها قبلت منهم ، لقوله تعالى : « حتى يعطوا الجزية عن يدوهم صاغرون » (٣) وان لم تكن جزية بأن كانوا حربيين اعتبرت المصلحة فان وجد الامام من المصلحة قبوله منهم ، وإلا فلا » انتهى .

المقالة الثالثة - في ارض من اسلم أهلها - طوعاً - كالمدينة المنورة ، والبحرين ، وبعض بلاد اليمن - على ما قيل - بدعوة كان إسلامهم أو بدونها

(١) راجع - في ذلك - كتاب الجهاد ، المطلب الثالث في الأرضين - في شرح قول العلامة في الارشاد : (الثاني أرض الصلح لأربابها على الخصوص ..)

(٢) راجع ذلك في كتاب الجهاد منه - أحكام الأرضين - في شرح قول المحقق (وكل أرض فتحت صلحاً فهي لأربابها ..) (٣) سورة التوبة ، آية ٢٩ .

فهي لأهلها مملوكة لأربابها ، ليس عليهم فيها شيء إلا الزكاة - اذا اجتمعت شرائطها - فلهم التصرف فيها بالبيع والشراء وغير ذلك من سائر النواقل ما داموا قائمين بعماراتها من غير خلاف فيه كذلك . واذا أهملوها حتى خربت أخذها الامام عليه السلام أو القائم مقامه ودفعها إلى من يعمرها بحصة منها : من النصف أو الثلث - مثلا - ويأخذ القبالة ويدفع منها طسقها (١) الى المالك ، والباقي في بيت مال المسلمين يصرف في مصالحهم .

أفتى بذلك جم غفير من أصحابنا المتقدمين والمتأخرين ، بل في (قاطعة اللجاج للكركي) وغيره : نسبته الى المشهور (٢) : ومقتضاه البقاء على ملك أربابها ، خلافاً لما عن ابني حمزة والبراج ، حيث لم يوجبا دفع الطسق لأربابها ، ومقتضاه الخروج عن ملكهم . بل صريح كلاميهما : كونها - حينئذ - للمسلمين .

واحتجا - على ما في المختلف - بصحيحة معاوية بن وهب ، قال : « سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول : أيما رجل أتى خربة ، فاستخرجها وكرى أنهارها وعمرها ، فان عليه منها الصدقة ، فان كانت أرض رجل قبله ، فغاب عنها وتركها ، وأخربها ، ثم جاء - بعد - يطلبها ، فان الأرض لله عز وجل ولمن يعمرها » (٣) .

---

(١) الطسق - بالفتح - : مكيال ، أو ما يوضع من الخراج على الجربان أو شبه ضريبة معلومة وكأنه مولد أو معرب (عن القاموس) .

(٢) قال - في المقدمة الأولى من رسالته في أقسام الأرضين - : « وثانيها - أرض من أسلم أهلها عليها طوعاً من غير قتال ، وحكمها أن تترك في أيديهم ملكاً لهم يتصرفون فيها بالبيع والشراء والوقف وسائر أنواع التصرف اذا قاموا بعمارتها ويؤخذ منهم العشر أو نصفه . . على المشهور . . »

(٣) مختلف الشيعة للعلامة الحلي ، كتاب الجهاد ، الفصل الخامس في الاسارى وأحكام الأرضين ، مسألة أرض من أسلم أهلها عليها طوعاً ملك لهم ::

وفيه : إن الرواية - كما ترى - أجنبية عن مدعاهما ظاهرة في تملك المحيي لها من دون شيء غير الزكاة عليه . وأين ذلك من كونها للمسلمين بصرف الامام عليه السلام قبالتها في مصالحهم ، فلتنزل على الموات من الأصل أو المملوكة بالاحياء - بناء عليه - فيه كما يأتي في الخاتمة :

والأحسن : الاحتجاج لها بما روى في (المختلف) و (قاطعة اللجاج) عن صفوان بن يحيى وأحمد بن محمد بن أبي نصر قالا : « ذكرنا له الكوفة وما وضع عليها من الخراج وما سار فيها أهل بيته ، فقال : من أسلم طوعاً تركت أرضه في يده ، وأخذ منه العشر مما سقت السماء والأنهار ، ونصف العشر مما كان بالرشاء فيما عمروه منها وما لم يعمر منها أخذه الامام ، فقبله ممن يعمره ، وكان للمسلمين وعلى المتقبلين في حصصهم العشر أو نصف العشر » ؛

وفي الصحيح عن أحمد بن محمد بن أبي نصر ، قال : « ذكرت لأبي الحسن الرضا عليه السلام : الخراج وما سار به أهل بيته ، فقال : العشر أو نصف العشر فيما عمر منها ، وما لم يعمر أخذه الوالي فقبله ممن يعمره وكان للمسلمين ، وليس فيما كان أقل من خمسة أوسق شيء ، وما أخذ بالسيف فذلك للامام عليه السلام يقبله بالذي يرى ، كما صنع رسول الله (ص) بخيبر » (١) .

والسؤال - وان وقع عن أرض الخراج - إلا أن الامام عليه السلام أجاب - أولا - عن حكم أرض من أسلم طوعاً ، ثم أجاب عن (العنوة) بعده . وظاهرهما إهمال عمارتها حتى زالت لا عدم تعميرها من أصلها حتى تكون للامام عليه السلام بقرينة الإضافة الدالة على الملكية لهم دون الامام

---

(١) راجع هذين الحديثين - في المختلف - المصدر الآنف ، وفي أوائل رسالة (قاطعة اللجاج) المقدمة الأولى في أقسام الأرضين .

وبقرينة كونها للمسلمين ، مع أن الموات الأصلي مملوكة لمن أحياها ، وعلى المشهور ، خلافاً للحلي - فمنع من التصرف فيها بغير اذن أربابها مطلقاً حيث قال في (السرائر) - بعد نقل ما عليه المشهور - : عن الشيخ أبي جعفر - « والأولى عندي ترك العمل بهذه الرواية ، فانها تخالف الأصول والأدلة العقلية والسمعية ، فان ملك الانسان لا يجوز لأحد أخذه ولا التصرف فيه بغير إذنه واختياره فلا يرجع عن الأدلة بأخبار الآحاد » انتهى (١) .

وهو حسن على أصله ، إلا أنه قول متروك - كما في الدروس - (٢) وغيره ، محجوج بالأخبار المتضافرة التي ادعيت شهرتها . غير أنه ليس في الخبرين المتقدمين دفع الطسق لأربابها ، بل ولا صرف ما زاد عليه من حق القبالة في مصالح المسلمين .

إلا أن بعضهم استدل على وجوب الأجرة الى المالك بصحيحة الحلبي المتقدمة ، وفيها : « وعن الرجل يأتي الأرض الخربة الميتة فيستخرجها ويجري انهارها ويعمرها ويزرعها ، ماذا عليه ؟ قال : الصدقة ، قلت : فان كان يعرف صاحبها ؟ قال : فليؤد اليه حقه » القاضية بعدم خروجها عن ملك صاحبها بالموت ، إلا أن مفادها كون الأرض لمن عمرها . وإن وجب عليه دفع الأجرة لمالكها الأول ، دون توقف على تقبيل الإمام ، فلتحمل على الأحقية بها ما دام قائماً بعمارتها .

وبالجملة ، فالروايات مختلفة ، وكلمات الأصحاب في المقام متشتة :

---

(١) راجع - من سرائر ابن ادريس - : كتاب الخمس ، باب أحكام الارضين .

(٢) راجع من (الدروس للشهيد) : كتاب الخمس ، في أخريات (درس) تقسم الغنيمة بعد الحول . . .

والذي يظهر لي منها : أن الأرض : إن كانت مواتاً - بالاصل أو بالعارض - ولم يعرف صاحبها ، جاز لكل أحد إحياؤها والاقدام على تعميرها ، فان عرف صاحبها دفع اليه الأجرة - مطلقاً - أو إن كانت مملوكة بغير الإحياء - على الخلاف الآتي - وليس عليه غيرها وغير الصدقة شيء . وإن كان صاحبها معروفاً أو كانت خراجية لا يجوز الاقدام عليه بالاحياء ، لكونه مالا مملوكاً لا يجوز التصرف فيه إلا باذن مالكه . نعم للامام عليه السلام أو نائبه أخذها وتقبيلها ممن يعمرها بحصة منها وعليه دفع الأجرة الى صاحبها ، لكونه أنفع للمسلمين ، وإحساناً محضاً و(ما على المحسنين من سبيل) (١) وجمعاً بين حق الملكية واخراجها عن العطلة فان ذلك ربما يكون من تضييع المال واتلافه .

والمراد بكونها للمسلمين في الخبرين المتقدمين : كونها لهم إحياؤها وتعميرها ، وإن توقف على التقبيل من الامام عليه السلام أو نائبه أو نمائها دون رقبتها . وحينئذ فان دفعها الامام لمن يعمرها بحصة مخصوصة دفع منها الاجرة الى مالكها إن زادت عليها : وكان الزائد في بيت مال المسلمين لانه - في الحقيقة - مجبي لها بالولاية العامة وان دفعها لا بحصة مخصوصة كان على المعمر دفع ما يستحقه المالك من الأجرة اليه . ثم الاجرة المدفوعة للمالك أجرة الارض قابلة للتعمير لا أجرتها معمورة حتى يستحق المالك حق القبالة كله لو كان التقبيل بحصة مخصوصة كالنصف والثلث - مثلا - ولذا قلنا : ما زاد على الاجرة من حق القبالة يجعل في بيت المال .

ومقتضى الجمع المذكور : عدم اختصاص جواز تقبيل الإمام بأرض من أسلم أهلها طوعاً ، بل يعم كل أرض خربة مملوكة لم يعمرها صاحبها كما وقع التعبير بنحو الكلية المزبورة في كلام غير واحد من الفقهاء ، فراجع .

(١) سورة التوبة / ٩٢

وإن ظهر من بعض : اختصاص الحكم المزبور بأرض من أسلم طوعاً لخصوص مورد الخبرين . الاخص مطلقاً من غيرهما من الاخبار ، إلا أن الظاهر عدم الفرق بين أراضي المسلمين من حيث هو كذلك كيف ، ولو اختص الحكم بها لزم أن تكون أرض من أسلم طوعا أسوء حالا من أرض من أسلم كرهاً لخروجها عن مورد النص الموجب لبقائها تحت القاعدة الكلية المانعة من جواز التصرف في ملك الغير إلا باذنه .

هذا ، والظاهر اعتبار عدم كون الترك عن الغفلة والنسيان أو خوف الظالم ، فضلا عما لو كان التعطيل لمصلحة الارض ، لعدم تبادر نحو ذلك من إطلاقات النصوص ، بل المتبادر منها غيره ، كما لو كان عن عجز أو مسامحة أو تعند أو نحو ذلك . خلافاً - في بعض ذلك - لشيخنا في (الجواهر) (١) :

ثم الظاهر - أيضاً - جواز ذلك للامام - عليه السلام - لا وجوبه عليه - كما وقع التعبير به في كلام بعضهم - أيضاً - .

اللهم إلا أن يكون من باب : متى ما جاز وجب سياسة - كما احتمله في الجواهر - بل استظهره من الخبرين ، وبعض عباراتهم (٢) .

---

(١) فانه قال - في كتاب الجهاد في شرح قول المحقق (خاتمة ، كل أرض ترك أهلها عمارتها . . .) : « . . . ثم انه ربما قيل باعتبار عدم كون الترك غفلة أو نسياناً أو خوفاً من ظالم أو عجزاً عن التعمير بدعوى كون المتبادر غير ذلك ، ولكن فيه منع واضح ، خصوصاً الاخير نصاً وفتوى : . . » .

(٢) قال - رحمه الله - كما في المصدر الآنف بعد تلك الجملة التي أوردناها : « .. بل الظاهر من الخبرين وبعض العبارات وجوب التقبيل على الامام ، ولو باعتبار ولايته على المسلمين المقتضية لمراعاة مصلحتهم ، بل لعله مراد من عبر بالجواز كابن زهرة والفاضلين والشهيدين وغيرهما ، ولو باعتبار أنه متى جاز وجب سياسة ومراعاة المصلحة المسلمين » .

وفيه ان الأخذ والتقبيل فيها لكونه في مقام توهم الحظر لا ظهور فيه على أزيد من الجواز والاباحة :

والأولى : ابتناء الحكم المزبور من الجواز أو الوجوب - على الوجهين المتقدمين تسويغ الامام في التصرف من الاحسان ، أو الحفظ من تضييع المال واتلافه ، فيجوز على الأول ، ويجب على الثاني بل ، عليه - حينئذ - يجب على المالك التعمير أو الاذن به ، ومع امتناعة عنها ، فعلى الامام أخذه وتقبيله من غيرهم .

ثم الظاهر : اختصاص ذلك بالامام العادل . ويلحق به - في زمن الغيبة - نائبه العام ، بناء على عموم أدلة الولاية له . وأما الجائر ، فلايجوز له ذلك ، اقتصاراً فيما خالف الأصول والقواعد على مورد النص ، فتأمل :

المقالة الرابعة - في أرض الأنفال .

وهي الأراضي المعدودة من الأنفال التي هي لله ولرسوله وللامام القائم مقامه ، وخاصة له ، دون قبيلته . وهي : كل أرض مفتوحة بغير قتال ولا هراقة دم ، بل من غير أن يوجف عليه بخيل ولا ركاب ، سواء أسلموها للمسلين طوعاً - وهم فيها - أو انجلوا عنها وتركوها : وكل أرض هلك أهلها وبادوا - مطلقاً : مسلمين كانوا أم كفاراً - معمورة كانت الأرض أم خربة - لأنه وارث من لا وارث له . والأرضون الموات - سواء كانت مواتاً بالأصل كالمفاوز أم بالعارض اذا باد أهلها ولو كانوا مسلمين - بل : وكل أرض لا رب لها - مطلقاً - ولو كانت محياة بنفسها . والمراد بالموات : عطلتها : إما باستيلاء الماء عليها أو انقطاعه عنها أو ظهور السبخ ونحوه فيها بحيث لا ينتفع بها - والحالة ذلك - وقد مر الكلام فيها - مفصلا - في (المفتوحة عنوة) :

والأرض المفتوحة من الكفار بغير إذن الامام ، بل مطلق المغنومة

منهم ، كذلك ، فانه للامام عليه السلام - على المشهور شهرة عظيمة ، وعن بعض حكاية الاجماع عليه . وهو الحجة ، سيما بعد اعتضاده بما عرفت.

مضافاً - الى مرسلة الوراق - المنجبر ضعفها به وبالشهرة المستفيضة - وفيها : « اذا غزا قوم بغير اذن الامام فغنموا كانت الغنيمة كلها للامام عليه السلام فاذا غزوا بأمر الامام (ع) فغنموا كان للامام الخمس » (١)

والى الحسنة بابراهيم بن هاشم عن معاوية بن وهب - المتقدمة في المفتوحة عنوة (٢) : وقطائع الملوك ، المعبر بها عن غير المنقول من أموالهم التي اختصوا بها كالأراضي ، وعن المنقول منها بالصوافي ، وهي من الأنفال - أيضاً - ما لم يكن مغصوباً من مسلم أو مسالم فان المغصوب مردود الى صاحبه .

والآجام - بالكسر أو الفتح ، مع المد - : جمع أجمة - بالتحريك ، وهو الشجر الكثير الملتف والمراد : ذات الأشجار الكثيرة الملتفة ، ونحوها القصب ، ورؤس الجبال ، وبطون الأودية ، دون ظهورها ، والمرجع فيها إلى العرف - مطلقاً - ولوكانتا في غير ملك الامام على المشهور -كما قيل - خلافاً للحلي ويأتي الكلام فيه .

ويدل على ذلك كله - بعد الاجماع المحكى صريحاً في بعض منها ، مع عدم ذكر الخلاف في الباقي المؤذن به فى الجميع - :

الأخبار المعتبرة المستفيضة التي منها - صحيحة إبراهيم بن هاشم - أو حسنته - المروية في (الكافي) عن أبي عبد الله (ع) قال : « الأنفال

(١) راجع : تهذيب الشيخ ، كتاب الزكاة آخر باب الأنفال ، حديث رقم (٣٧٨) ؛

(٢) راجع : ص ٢١١-٢١٣ من الكتاب ، فقد ذكر فيه عامة هذه الروايات المذكورة هنا .

ما لم يوجف عليها بخيل ولا ركاب ، أو قوم صولحوا ، أو قوم أعطوا بأيديهم ، وكل أرض خربة ، أو بطون الأودية ، فهو لرسول الله وهو للامام من بعده يضعه حيث يشاء » (١) .

ومرسلة حماد بن عيسى عن العبد الصالح ـ الى أن قال ـ : « والانفال كل أرض خربة قد باد أهلها ، وكل أرض لم يوجف عليها بخيل ولا ركاب ، ولكن صولحوا صلحاً وأعطوا بأيديهم على غير قتال ، وله رؤوس الجبال وبطون الأودية والآجام وكل أرض ميتة لا رب لها ، وله صوافي الملوك مما كان في أيديهم من غير وجه الغصب ، لان الغصب كله مردود ، وهو وارث من لا وارث له . : : » (٢) .

وقول الباقر عليه السلام في خبر أبي بصير المروي عن علي (ع) : « لنا الانفال ، وقلت : وما الانفال ؟ قال : منها المعادن والآجام وكل أرض لا رب لها وكل أرض باد أهلها فهو لنا » (٣) :

وقول الصادق ـ عليه السلام ـ في خبر اسحاق بن عمار المروي عن تفسير علي بن ابراهيم ـ بعد أن سأله عن الانفال ـ فقال : « هي القرى التي خربت ، وانجلى أهلها ، فهي لله وللرسول وما كان للملوك فهو للامام وما كان من الارض الخربة التي لم يوجف عليها بخيل ولا ركاب وكل

(١) راجعها في وسائل الحر العاملي، كتاب الخمس،أبواب الأنفال حديث رقم (١) .

(٢) راجع : وسائل الحر العاملي ، كتاب الخمس ، أبواب الأنفال وما يختص بالامام باب (١) حديث رقم (٤) وهي طويلة . ذكرها الشيخ في(التهذيب) آخر كتاب الخمس :

(٣) يذكرها الحر العاملي في الوسائل ، كتاب الخمس ، أبواب الأنفال حديث (٢٨) هكذا : عن أبي بصير ، عن أبي جعفر قال : لنا الانفال : . الخ :

أرض لا رب لها . . . » الحديث (١) .

وما رواه الكليني : عن محمد بن مسلم عن أبي عبد الله (ع) : أنه سمعه يقول : « إن الانفال ما كان من أرض لم يكن فيها هراقة دم أو قوم صولحوا وأعطوا بأيديهم ، وما كان من أرض خربة أو بطون الأودية ، فهذا كله من الفيء ، والأنفال لله وللرسول ، فما كان لله فهو للرسول يضعه حيث يحب » (٢) .

وصحيحة محمد بن مسلم عن أبي جعفر (ع) قال : « سمعته يقول : الفيء والأنفال ما كان من أرض لم يكن فيها هراقة الدماء وقوم صولحوا واعطوا بأيديهم ، وما كان من أرض خربة أو بطون أودية فهو كله من الفيء ، فهذا لله ولرسوله . . . » (٣) .

ورواية داود بن سرحان عن أبي عبد الله (ع) - في حديث - « قال : قلت : وما الأنفال ؟ قال : بطون الأودية ، ورؤوس الجبال والآجام والمعادن وكل أرض لم يوجف عليها بخيل ولا ركاب وكل أرض ميتة قد جلى أهلها ، وقطائع الملوك » (٤)

وموثقة سماعة : « قال : سألته عن الأنفال ؟ قال : كل أرض خربة أو شيء يكون للملوك فهو خالص للامام (ع) ليس للناس فيه سهم

(١) راجع : وسائل الحر العاملي ، كتاب الخمس ، أبواب الأنفال وما يختص بالامام ، حديث رقم (٢٠) .

(٢) تهذيب الشيخ ، كتاب الزكاة ، باب الانفال ، حديث رقم (٣٧٠)

(٣) تهذيب الشيخ ، كتاب الزكاة ، ٣٨ باب الأنفال ، حديث رقم (٣٧٦) .

(٤) راجع : وسائل الشيعة للحر العاملي ، كتاب الخمس ابواب الانفال وما يختص بالامام ، حديث رقم (٣٢) إلا أن سنده عن داود بن فرقد . . .

- قال - : ومنها البحرين لم يوجف عليها بخيل ولا ركاب » (١)

وما رواه الشيخ عن داود بن فرقد : « قال قال أبو عبد الله : قطائع الملوك كلها للامام وليس للناس فيها شيء » (٢)

ورواية محمد بن مسلم : « قال سمعته قال - وسئل عن الألفال - : كل قرية يهلك أهلها أو يجلون عنها فهي نفل لله عز وجل نصفها يقسم بين الناس ، ونصفها لرسول الله فما كان لرسول الله (ص) فهو للامام » (٣)

الى غير ذلك من الأخبار المنجبر ضعف بعضها سنداً بالشهرة فتوى ورواية :

والتقييد بالنصف محمول على التقيــة - كما في الحدائق - (٤) و (بالخربة) (٥) في المرسلة ، منزل على الغالب ، وإلا فالأرض - مطلقاً - وإن كانت معمورة اذا باد أهلها من الأنفال - كما عرفت - :

وإطلاق جملة منها المتعلقة بالآجام وبطون الأودية ورؤوس الجبال

(١) راجع : وسائل الحر العاملي ، كتاب الخمس ، أبواب الأنفال ، حديث رقم (٨) . وتهذيب الشيخ ، كتاب الزكاة ، ٣٨ باب الانفال حديث رقم (٣٧٣ - ٧) :

(٢) تهذيب الشيخ ، كتاب الزكاة ، ٣٨ ، باب الانفال ، حــديث (٣٧٧ - ١١)

(٣) تهذيب الشيخ ، كتاب الزكاة ، ٣٨ ، باب الأنفال ، بسنده : سمعت أبا عبد الله (ع) يقول . . الخ

(٤) راجع كتاب الخمس من (الحدائق) ج ١٢ ص ٤٧٢ طبع النجف الأشرف ، عقيب ذكره للخبر الآنف .

(٥) في قول الامام (ع) : « كل أرض خربة . . » :

يعم ما كان منها في ملك الامام وغيره ، خلافاً للمنسوب الى ظاهر الحلي في الثلاثة ، فخصها بما اذا كانت في ملك الامام . ورده في البيان بأنه يفضي الى التداخل وعدم الفائدة في ذكر اختصاصه عليه السلام بذلك لكن في (المدارك) - بعد ذكره ما في البيان - : « انه جيد لو كانت الأخبار المتضمنة لاختصاصه بذلك على الاطلاق صالحة لاثبات هذا الحكم ، إلا أنها ضعيفة السند ، فيتجه المصير الى ما ذكره ابن ادريس الحلي ، قصراً لما خالف الأصل على موضع الوفاق » (١)

وفي (المختلف) : « ... احتج ابن ادريس بأن الأصل اباحة ذلك للمسلم وعدم تخصيص الامام (ع) به ، فلا يعدل عنه بمثل هذه الأخبار الضعيفة . والجواب : المنع من اصالة الاباحة ، بل الامام أولى ، لأنه قائم مقام الرسول ، وهو أولى بالمؤمنين من أنفسهم ... » (٢) انتهى .

وقال الخال في (المناهل) : « ... واشار الى هذا الأصل في (المدارك) و (الذخيرة) بقولها: يتجه المصير الى ما ذكره ابن ادريس - رحمه الله - قصراً لما خالف الأصل على موضع الوفاق : وقد يجاب عما ذكره - اولا - بالمنع من الأصل المذكور عليه - كما في (المختلف)

---

(١) وتمام عبارته - كما في كتاب الخمس ، المقصد الأول في الأنفال في شرح قول المحقق (ورؤوس الجبال ...) : « واطلاق النص وكلام اكثر الأصحاب يقتضي اختصاصه (ع) بهذه الأنواع الثلاثة من أي أرض كانت ، ومنع ابن ادريس من اختصاص الامام بذلك على الاطلاق ، بل قيده بما يكون في موات الأرض أو الأرضين المملوكة للامام ، ورده الشهيد في (البيان) بانه يفضي الى التداخل وعدم الفائدة في ذكر اختصاصه بهذين النوعين ، وهو جيد .

(٢) راجع : كتاب الخمس منه ، الفصل الثالث في الأنفال .

بقوله : والجواب المنع ، الى آخر ما تقدم من كلامه - ثم قال - : وفي حاشية (الروضة) بقوله - بعد الاشارة الى ما ذكره في (المدارك) : وما ذكره من قصر الحكم المخالف للاصل على موضع الوفاق لا يخلو من خفاء .

فانه ان اراد:أن انتقال رؤوس الجبال الى الإمام مخالف للاصل فيقتصر فيه على موضع الوفاق - وهو ما كان في الموات والأرضين المملوكة للامام (ع) - ففيه : إن ذلك الأصل غير مسلم ، لما عرفت : من احتمال ان تكون الجبال والأودية دائما - للحجة في زمانه ، وهو يأتي في الآجام ايضاً اذا كانت مستأجمة في الأصل : ولو سلم هذا ، فانما يتم في ما كان أسلم عليه أهله طوعاً . وأما المفتوحة عنوة ، فكما أن الانتقال الى الامام عليه السلام خلاف الأصل فكذلك الانتقال الى المسلمين ، وليس بشيء موضع الوفاق فلا ترجيح للثاني على الأول :

وإن أراد: أن الأصل في رؤوس الجبال أن تكون تابعة للاراضي التي هي فيها ، فالحكم بها لغير صاحب الأرض مخالف للاصل فيقتصر فيه على موضع الوفاق ، ففيه - بعد تسليم الأصل المذكور : أنه ليس على هذا موضع وفاق وقع فيه خلاف ، إذ على ما اختاره ، رؤوس الجبال تابعة للارض مطلقاً وتكون لصاحبها ، فلم تقع فيه مخالفة لذلك الأصل :

ويمكن اختيار الأول ، بناء على تسليم الأصل المذكور ، بأن يقال : إن ذلك لترجيح قول ابن ادريس - رحمه الله - فيما أسلم عليه أهله طوعاً بأن فيه إقتصار الحكم المخالف للاصل ، وهو اختصاص الامام على موضع الوفاق، وأما ترجيحه في (المفتوحة عنوة) فكأنه باعتبار أمر آخر ، وهو موافقته لأصل تبعيتها للاصل ، بخلاف قول المشهور ، فانهم يحكمون فيهما بكونهما للامام عليه السلام مع كون الأرض للمسلمين ، فتدبر ، انتهى .

قلت : لا يخفى عليك مواقع النظر في ذلك :

أما ما ذكره في البيان : من الرد بالتداخل وعدم الفائدة ، ففيه : إن ذلك غير وارد على من لم يعمل بأخبار الآحاد كابن إدريس -رحمه الله- المفروض عنده خلو المقام عن الأخبار المخرجة لحكم عن الأصل . نعم ، يرد ذلك على من يعمل بهذه الاخبار ، ولو بمعولة جبر ما ضعف منها ، ويقول - مع ذلك - باختصاصها بما كان في ملكه . ولكن لم نعثر على قائل منهم بذلك : على أن الفائدة كادت أن تكون معدومة في رؤوس الجبال وبطون الأودية ، لعدم انفكاكها - غالباً - عن الموات الموجب لكونها - حينئذ - للامام عليه السلام والموجب بسبب الموت .

وأما ما وقع من (المختلف) في الجواب بالمنع من الأصل المزبور بأولوية الامام (ع) بالمؤمنين من أنفسهم ، ففيه : إن ذلك لا يدل على الملكية له (ع) وإن كان أولى بالتصرف فيه ، فانه أولى بالمؤمنين في التصرف في أملاكهم من أنفسهم . بل لم نجد لما ذكره من وجه المنع معنى محصلاً .

اللهم إلا أن يريد به : إن الامام عليه السلام ليس في مرتبة غيره من آحاد المسلمين حتى يتمسك عليه باصالة الاباحة عند الشك في امتيازه عمن سواه بالاختصاص .

وفيه : إن الحكم بالأولوية منبسط على المباحات والمملوكات -مطلقاً- فلا ينافي التمسك بالأصل لتعيين أحد النوعين ، وإن كان الحكم بها يعمهما ومنبسطاً عليهما ،فافهم .

وأما ما ذكره المحشي - رحمه الله - في الحاشية الجمالية : من احتمال أن تكون الجبال والأودية - دائما لحجة (ع) في زمانه :

ففيه : انا ننقل الكلام معه الى أول زمان شرع الانفال المدعى نقلها

اليه بالنقل ، فان الاصل عدمه .

وأما ما ذكره من قوله : وأما المفتوحة عنوة فكما أن الانتقال الى الامام عليه السلام خلاف الأصل فكذا الانتقال الى المسلمين .. الخ

ففيه : ان الشك في الانتقالين ليس في مرتبة واحدة ، لأن الإنتقال الى المسلمين فرع كونها مملوكين للكفار قبل الاغتنام حتى ينتقل به اليهم وكونها للامام فرع عدم كونها لهم .

مضافاً الى ما ذكره من التفصيل في أجزاء الأصل وعدمه بين المفتوحة عنوة وأرض من أسلم عليها طوعاً : بالأول في الثاني ، والثاني في الأول ، مبني على تملك الكفار لها حال الكفر قبل الاسلام أو الاغتنام حتى يقال ببقائه على ملكهم وعدم انتقاله الى الامام عليه السلام في الثاني، للاصل . ومعارضة الأصل بمثله بعد معلومية الانتقال منهم بالاغتنام فى الأول مع كون الدخول في ملكهم ، والحال ذلك بمجرد وضع اليد عليها من دون إحياء لها ـ أول الكلام : بل مقتضى الأصل عدمه . ودعوى معلومية الانتقال وعدم بقائها على الاباحة الأصلية ، تدفعها معارضة اصالة عدم الانتقال الى الامام عليه السلام باصالة عدم الانتقال والدخول في ملك الكفار ، إذ هو ايضا مقتضى الأصل عدمه ، فيجري فيه نظر ما يجري في المفتوحة عنوة من تعارض الأصلين ، فافهم :

وأما ما ذكره ـ أخيراً ـ : من التفصيل في معنى الأصل بارادة معناه الأول في أرض من أسلم أهلها طوعاً وبمعنى الظاهر في المفتوحة عنوة :

ففيه : أنه تفكيك ركيك : ولعله اليه أشار بالتدبر .

وبالجملة : فكلام ابن ادريس جيد ، بناء على أصله : من عدم العمل بأخبار الآحاد الموجب حينئذ للرجوع الى الأصل ، إلا أنه يجب

الخروج عن مقتضاه بتلك الأخبار الكثيرة المنجبرة ما ضعف سنده منها بالشهرة المستفيضة الحاكمة باطلاقها على ما كان منها ، ومن المستأجمة بالأصل للامام عليه السلام ، ولو كان في ملك غيره ما لم يكن مملوكاً بالاحياء ، أو مستأجمة في ملكه فانه لمالكه :

هذا ، وكلام ابن ادريس - رحمه الله - غير صريح فيما نسب اليه ، بل لعله غير ظاهر فيه ، سيما بالنسبة الى الآجام التي كاد أن يكون فيها كالصريح في خلافه . ولذا عن (البيان) : الاقتصار في نسبة الخلاف اليه على الأولين دون الآجام ، حيث قال في (السرائر) - في تعداد أراضي الأنفال ورؤوس الجبال وبطون الأودية والآجام التي ليست في أملاك المسلمين ، بل التي كانت مستأجمة قبل فتح الأرض والمعادن التي في بطون الأودية التي هي ملكه ، وكذلك رؤوس الجبال - « فأما ما كان من ذلك من أرض المسلمين ويد مسلم عليه ، فلا يستحقه الامام عليه السلام بل ذلك في الأرض المفتوحة عنوة والمعادن التي في بطون الأودية مما هي له . . . » انتهى (١)

إذ لعل الظاهر من كلامه التفصيل في المعادن بين ما كان في ملك الامام عليه السلام كبطون الأودية ورؤوس الجبال ، على أن تقييد البطون في كلامه بالتي هي ملك الامام (ع) من القيود التوضيحية ، لا الاحترازية ، وكلامه في الآجام موافق لما عليه غيره . بل لعله المشهور من أنه مشروط بما إذا لم تكن مستأجمة في ملك الغير ، فان المستأجمة كذلك مملوكة لمالكها ولا أقل من الاجمال في كلامه .

وكيف كان ، فلو فرض - ولو بالمحال العادي - أنه استجبلت

---

(١) راجع - من سرائر ابن إدريس الحلي - : كتاب الخمس ، باب ذكر الأنفال ومن يستحقها . .

الأرض المملوكه أو استودت فهل تنتقل الى الامام عليه السلام، لاطلاق ما دل على كونها من الانفال ، أو هي باقية على ملك مالكها ، للاصل مع انصراف المطلقات إلى ما كان كذلك بالأصل وقبل شرع الأنفال ؟ وجهان ، مبنيان على ما عرفت - إلا إذا كانت مملوكة بالاحياء وقلنا بصيرورتها مواتاً بذلك ، فانها تبنى على المسألة الخلافية الآتية في خروج المملوكة بالاحياء بالموات عن الملكية وعدمه ، وإن كان الأقوى عدمه - كما يأتي - :

هذا ، ولعل النزاع في غير الآجام من الثلاثة قليل الجدوى ، لعدم إنفكاكها - غالباً - عن الموت الموجب لكونها للامام بذلك . بخلاف الآجام التي قد يدعى أنها من الحياة لكثرة الانتفاع بأشجارها وأخشابها التي ربما لا تنقص عن جملة من المنافع التي تعد بها الأرض محياة . بل ، ولعل اطلاق بعض الأدلة يقضي بدخول غير الأجام من الثلاثة في ملك الامام عليه السلام وان كانت محياة بنفسها ، بل وما كان منها في المفتوحة عنوة ، تحكيماً للاطلاق المزبور ، على ما دل على ملكية المسلمين لعامرها ولو بترجيحه عليه ، بناء على تعارض العموم من وجـــه بينهما . بل قد يقـال بعدم المعارضة بينهما ، فضلا عن الترجيح ، بناء على أن اطلاقات المفتوحة عنوة للمسلمين مختصة بما كان مملوكاً للكفار . وليس بشيء من ذلك للادلة المزبورة داخلا في ملكهم حتى يملكه المسلمون بالاغتنام - كما تقدم نظير ذلك فى موات المفتوحة عنوة - فراجع :

بقي هنا إشكال : وهو إن مقتضى ملكية الامام عليه السلام لهذه الأراضي ملكيـــة ما فيها من النباتات والأشجار بتبعية الأرض . ومقتضاه عدم جواز تناول شيء من ذلك إلا باذنه ، مع ان بناء الناس وسيرتهم جار على المعاملة مع هذه الأشياء معاملة المباحات الأصلية من

التملك بمجرد الحيازة بالاحتشاش والاحتطاب وترتيب آثار الملكية عليها بالبيع او الشراء ، وغير ذلك من غير فرق بين كون الحائز من الشيعة أو غيرهم، فلا يجدي التمسك بأخبار الاباحة والتحليل بالنسبة الينا بالخصوص في رفع الاشكال بعمومه ، بل ذلك مقتضى ما ورد من قوله (ص) : « الناس شركاء في ثلاثة : النار والماء والكلاء » (١) بل الظاهر منه سيما مع عطف الكلاء على الماء المعلوم كونه من المباحات الأصلية : كون الثلاثة باقية على الاباحة الأولية. بل قد يقال : لم نجد مصداقاً لما يتحقق معه الاباحة الأصلية من الكلاء والماء والنار المقصود منها - ظاهراً - الشجر والحطب ولو مجازاً ، كيف وإباحة شيء من تلك فرع إباحة الأرض النابتة فيها . وليس - عندي - من الاراضي ما هي باقية على إباحتها الأصلية - بعد ما عرفت من تقسيم الاراضي وأحكامها - .

ودعوى استثناء ذلك من أدلة التبعية في خصوص ما ينبت في أرض الامام عليه السلام المختصة بـه بالإمامية ، فيها من الوهن ما لا يخفى :

فلا محيص عن الإشكال ، إلا بما سنح بالبال وخطر في الخيال ، بدعوى إمكان : أن يقال - ولو للجمع بين الأدلة - : ان تلك الأشياء - مع كونها مملوكة للامام - يجب عليه - عليه السلام - بذلها للانام كافة كما يجب على المعيل بذل ماله لمن يجب عليه نفقته ، حتى يكون جميع الناس مطوقين له بطوق إحسانه متنعمين بسعة فضله وامتنانه ليكون له فضل المنعم ، ويستحق عليهم شكر المتنعم ، وهو أتم للحجة وأوضح للمحجة ، فتلك - لسعة البذل وعمومه - بحكم المباحات الأصلية في تملك من سبق

(١) حديث نبوي مشهور بين الفريقين ، يذكره ابن الأثير في (النهاية) باب الشين ، ومن الخاصة عامة الموسوعات الفقهية في باب المباحات الأصلية .

اليها بالحيازة ، فلكية الامام لها نظير ملكية الله تعالى الأشياء التي لا تنافي معها ملكية العباد .

لكن هذا الحكم لايعم أمواله المختصة به ، ولو بالامامة ، بل تختص منه بما اشتد مسيس حاجة الناس اليه وتوقف ضرورة التعيش عليه كالنار والكلاء ، فافهم واغتنم :

هذا تمام الكلام في أراضي الانفال من حيث موضوعها

وأما حكمها : فهي للامام عليه السلام - بعد النبي (ص) - القائم مقامه ، فلا يجوز لأحد التصرف فيها إلا باذنه ، كما تقتضيه اصول المذهب وقواعده - مطلقاً - في زمان الحضور والغيبة ، وجواز التصرف في ذلك لنا في الثاني ، لا لسقوط الاذن بالنسبة الينا ، كما لعله يظهر من (المدارك) وغيره.بل لحصوله منهم لنا بأخبار التحليل والاباحة لشيعتهم وهو - في الجملة - مما لا خلاف فيه ، وإن وقع الخلاف في مقدار ما حللوه : فنهم من أفرط في ذلك ، وعمم الحكم بالاباحة والتحليل لمطلق ما للامام عليه السلام حتى الخمس ، فأسقطه في زمان الغيبة ، إلا أنه قول متروك ، رماه غير واحد بالندرة والشذوذ (١) ومنهم - من خصه

---

(١) وهو مذهب (سلار) من القدماء ، واختاره من المتأخرين : الفاضل المولى محمد باقر في الذخيرة . قال العلامة في (المختلف- آخر كتاب الزكاة) الفصل الثالث فى الانفال - وقبل انتهاءالكتاب بيسيرفانه بعد استعراض الأقوال في المسألة وذكر احتجاجاتهم فيهـا ، وعرض احتجاج سلار وأتباعه ، في سقوط أصل الخمس حال الغيبة - قال : « ... واعلم ان هذا القول بعيد عن الصواب ،لضعف الأدلة المقاومة لنص القرآن ، والاجماع على تحريم التصرف في مال الغير بغير إذنه » .

بخصوص المناكح والمساكن والمتاجر المقصود منها - ظاهراً - ما يشترى بالتجارة من الأموال التي فيها الخمس من الظلمة ، كما عن العلامة في كتبه وعن (الحدائق) : نسبته الى المشهور (١) .

ولعل الاقوى : اختصاصه بمطلق الانفال دون الخمس ، جمعاً بينها وبين ما دل على وجوب دفعه والحث على اخراجه وإيصاله الى أهله ، أو خصوص الثلاثة منها . وتفصيل الكلام فيه موكول الى محله في كتاب الخمس .

وكيف كان ، فالاراضي التي هي من الانفال يجوز لنا التصرف فيها بالزراعة وغيرها من غير توقف على التقبيل من الجائر ، بل ، ومن الحاكم - أيضاً - وإن كان نائباً للامام ، وقلنا بعموم ولايته لحصول الاذن من مالكه الحقيقي : وبذلك يفترق حكمها عن حكم الاراضي الخراجية التي هي للمسلمين من المفتوحة عنوة :

هذا بالنسبة الى ما كان منه في أيدينا . وأما ما كان في أيدي غيرنا فهو عليهم حرام لعدم الاذن به منهم ، وفي جواز انتزاعه من أيديهم مع الامن من الضرر : وجهان : من أنه مال الامام عليه السلام في يد من لا يستحق وظالم له في تصرفه وغاصب له في قبضه ، ومن أن المستحق لانتزاعه هو الامام فيتوقف على أمره غير أن ما يأخذه الجائر باسم الخراج والمقاسمة مما كان في أيدي غيرنا من الانفال جاز لنا أخذه منه -بلا إشكال- لانه للامام عليه السلام ، وقد أباحه لنا .

نعم ما يأخذه باسم ذلك مما هو في أيدينا ، ففي جواز أخذه منه ،

---

(٢) راجع- في تفصيل ذلك ونسبة هذا القول الى الشيخ الطوسي واختيار عامة المتأخرين له : مختلف العلامة آخر كتاب الخمس ، وحدائق الشيخ البحراني كتاب الخمس آخر ج ١٢ طبع النجف الأشرف .

وعدمه : وجهان : مبنيان على كون المأخوذ باسم ذلك من المتقبل منـا مملوكاً لكونه بالاباحة والتحليل مستحقاً للارض مجاناً بلا أجرة عليه ، أو هو للامام عليه السلام ، فيكون الجائر غاصباً منه ، دون الزراع ، وإن أبيح له الأجرة او تسلط عليه . ولعله يأتي لذلك مزيد توضيح إن شاء الله تعالى .

هذا ، وقد يسبق إلى الذهن في المقام له إشكال ، وهو : إن غاية مفاد أخبار التحليل والاباحة ، جواز التصرف فيما هو للامام عليه السلام من الأنفال دون التمليك ، مع قيام الاجماع على ترتيب آثار الملكية عليه من البيع والشراء وسائر النواقل ووطء الأمة وعتقها المتوقفين على الملكية .

وبدفعه ـ مضافاً إلى إمكان دعوى أن يقال بدخوله ـ آناًما ـ في ملكه عند ارادة وقوع شيء من ذلك كالمعاطاة ، بناء على المشهور : من إفادتها الاباحة :

أنه لمَ لا يجوز في أول مرتبة الانتقالات من الفضولي ـ مع إجازة المالك ، بناء على صحته ـ مطلقاً ـ ولو مع وقوعه لنفسه كبيع الغاصب مع إجازته؟.

وأما جواز وطء الأمة المغنومة لمن اغتنمها ، فمن باب التحليل ، فتأمل .

او يقال : إن عدم إفادة الاباحة أزيد من جواز التصرف لكونه المتيقن منها دون التمليك الذي مقتضى الأصل عدمه لأنها أعم منهما ، والعام لا يدل على خصوص الخاص ، مسلم في الاباحة المجردة عن قرينة التمليك دون المحفوفة بها : من التعليل بطيب الولادة ونحوه الظاهر فيه ،

سيما مع ما ورد من قوله عليه السلام « ما هو لنا فهو لشيعتنا » (١) ، الظاهر - ولو بمعونة اللام - في الملكية .

لكن قد يقال : إن التمليك لابد وأن يكون بأحد الأسباب المملكة شرعاً ، وليست الاباحة منها .

وقد يجاب عنه بأن السبب المملك شرعاً - هنا - هو اليد بالأخذ والتناول في مورد الاباحة الكلية من المالك ، كالأخذ بقصد التملك في مورد الإعراض والتناول من نثار الاعراس، فيكون بحكم المباحات المملوكة لمن سبق اليها بالحيازة ، فتأمل (٠)

أو يقال : بأن الاباحة المطلقة الشاملة لجميع التصرفات مرداة لملكية العين ، بل الاباحة الخاصة مرتبة من مراتب الملكية لها - أيضاً - غير انها مرتبة ضعيفة من جهة اختصاصها بالجهة الخاصة فالملكية التي هي بمعنى السلطنة المتعلقة بالعين ، إن اشتدت قوتها بحيث أحاطت بجميع التصرفات فيها عبر عنها بملك الرقبـــة ، للاحاطـة المزبورة ، وإن اختصت ببعض الجهات دون بعض عبر عنها بملك المنفعة ، وأضعف منها مرتبة ملك الانتفاع ،

فللملكية من حيث الشدة والضعف والأضعف مراتب ثلاثة :

---

(١) بهذا النص وبنصوص أخرى مختلفة الأداء متحدة المضمون يذكر الحر العاملي في (وسائله ، آخر كتاب الخمس) أبواب الأنفال ، ٤ إباحة حصة الامام من الخمس للشيعة ، روايات كثيرة .

(٠) وجه التأمل : هو أن ذلك إن تم فلا يتم فيما كان الاغتنام الذي هـــو لتملك الامام حاصلاً بنفس الأخذ، ضرورة تأخير تملك المغتنم في المرتبة عن تملك الامام بالاغتنام المسبب عنه . اللهم إلا أن يقال : إن التقدم بالعلية لا بالزمان فتأمل (منه قدس سره) .

يعبر عن الأولى - إصطلاحاً - بملك العين ، وعن الثانية بملك المنفعة وعن الثالثة بملك الانتفاع .

ومن ذلك : ملكية الزوج لبضع الزوجة ودخول بضع الأمة المحللة في ملك اليمين بعد حظر التحليل فى قوله تعالى : « إلا على أزواجهم أو ما ملكت أيمانهم » (١) والأمة المحللة ليست بزوجة - قطعاً - فهي مملوكة للمحلل له من جهة خصوص الانتفاع ببعضها . ولا ينافي ذلك كونها باقية على ملك مالكها المحلل المبيح ، ولعلك تقف على مزيد توضيح لذلك في مسألة المعاطاة :

تذنيب : فيما يأخذه الجائر باسم الخراج والمقاسمة الذي قد عرفت معناهما من الأراضي وباسم الزكاة من الانعام وغيرها وما يؤخذ منه من ذلك من الجوائز أو بالبيع والشراء وغير ذلك :

فنقول : لا اشكال في براءة ذمة المتقبل من الجائر بدفع القبالة اليه ، بلا خلاف أجده بل الاجماع - بقسميه - عليه :

ويدل عليه - مضافاً الى ذلك - : الأخبار المستفيضة الدالة على صحة التقبيل منه ، وان كان هو آثماً في قبضه ، لانه غير مستحق له لكونه وظيفة الامام العادل المتولي لامور المسلمين :

وبذلك يخرج عن القاعدة التي لولاها لكان مقتضاها عـدم تعيين المقبوض أجرة ومقاسمة لفساد القبض والقسمة لكونه غاصباً ظالماً فيهما ، فيبقى المقبوض على ملك مالكه ، ويجب - حينئذ - دفع ما عليه من القبالة لمن يستحق القبض منه ، وهو الامام العادل (ع) المتولي لمصالح المسلمين إلا أن الحكم بالبراءة مدلول عليه بالاجماع والسنة المستفيضة الكاشفين عن

(١) سورة المؤمنون ، آية : ٥ ، ٦ ، وتمام الآية : والذين هم لفروجهم حافظون : إلا . . .

إمضاء الشارع لتعيينه خراجاً للارض :

كما لا اشكال - بل لا أجد خلافاً معتداً به - في جواز أخذ شيء من ذلك منه بالبيع او الشراء وسائر الانتقالات : من الصلات والهبات ، لا لأخبار الاباحة والتحليل -كما توهم- إذ هي أخص من المدعى لظهورها في خصوص ما هو ملكهم كالانفال ، فلا تعم ما هو لغيرهم ، ولهم الولاية عليه ،كخراج المفتوحة عنوة التي هي للمسلمين ، بل لتحقق الاذن بذلك منهم بالمستفيضة من الروايات ومحكي الاجماعات :

فمن الاولى - صحيحة الحذاء ، عن أبي جعفر عليه السلام قال : « سألته عن الرجل منا يشتري من السلطان ، من ابل الصدقة وغنمها ، وهو يعلم أنهم يأخذون منهم اكثر من الحق الذي يجب عليهم ، فقال : ما الابل والغنم إلا مثل الحنطة والشعير ، وغير ذلك ، لا بأس به حتى يعرف الحرام بعينه فيتجنب . قلت : فما ترى في متصدق يجيئنا ، فيأخذ صدقات أغنامنا ، فنقول : بعناها ، فيبيعنا إياها ، فما ترى في شراء ذلك منه ؟ فقال : إن كان قد أخذها وعزلها فلا بأس قيل له : فما ترى في الحنطة والشعير يجيئنا القاسم . فيقسم لنا حظنا ويأخذ حظه فنأخذه بكيل فما ترى في شراء ذلك منه ؟ فقال : ان كان قد قبضه بكيل وأنتم حضور فلا بأس » (١) . . الحديث

(١) ذكر هذه الرواية بنصها الشيخ المرتضى في (مكاسبه - في المكاسب المحرمة) بعنوان : خاتمة تشتمل على مسائل : . . الثالثة : ما يأخذه السلطان المستحل .: وذكرها الحر العاملي في (وسائله ،كتاب التجارة)أبواب ما يتكسب به ، ٥٢ باب جواز شراء ما يأخذ الظالم من الغلاة . . حديث رقم (٥) بسنده هكذا : محمد بن يعقوب عن عدة من أصحابنا عن سهل بن زياد وأحمد بن محمد جميعاً عن ابن محبوب عن هشام بن سالم عن ابي عبيدة عن أبي جعفر (ع) : :

الظاهرة - بل الصريحة - في جواز شراء ما لم يعلم أنه الحرام بعينه من المقبوض زكاة أو خراجاً المتعين كونه كذلك بالقبض ، ولو بمعونة إمضاء الشارع له ، وأن الحرام هو القدر الزائد عليه ، فيكون باقياً على ملك مالكه ، يجب الاجتناب عنه وعن المشتمل عليه بحيث لا يفرز أو المشتبه به بالشبهة المحصورة مع الابتلاء بأطرافها :

والمناقشة فيها - أولاً - بأخصيتها من المدعى لاختصاصها - اولاً - بالشراء فلا يعم غيره من النواقل ، وثانياً - بالزكاة لامكان أن يكون المشتري مستحقاً لها ، وثالثاً - بأن تعليق الجواز ونفي البأس فيها على عدم معلومية الحرام مشعر بالمنع عنه مطلقاً ، بعد أن كان المأخوذ - ولو قدر الحق الواجب - حراماً بالاجماع . ولعل العدول عنه الى التعبير بذلك وللاجمال في البيان للتقية :

ضعيفة جداً ، لانه إن تم في الشراء أو الزكاة ، تم في غيرهما من النواقل والحقوق بعدم القول بالفصل -كما قيل- مع ظهور لفظ (القاسم) في ذيلها في المقاسمة ، سيما مع سبق حكم الزكاة في قوله (الا مثل الحنطة والشعير » ووقوع التعبير عنه بـ (المصدق) فيكون (القاسم) غيره . ولا أقل من الاطلاق ، بل العموم المستفاد من ترك الاستفصال وظهور إرادة الزائد على الحق الواجب عليه من الحرام الواقع غاية في قوله «حتى تعرف الحرام بعينه » وهو المخصوص فيها بالمنع عنه ، دون الحق الواجب وان كان حراماً على الآخذ آثماً في أخذه مضموناً عليه ببدله ممنوعاً عن التصرف في ثمنه ، فلا إجمال حتى يشعر بالتقية ، ولا موجب لحمل عليها. بل ظاهرها - سؤالا وجواباً وتقريراً من الامام - : كون الجواز بالنسبة الى المقبوض مقدار الحق مفروغاً عنه ، وإنما وقع السؤال عما يعلم قبضه اكثر من الحق لشبهة اندراج الزائد في المبيع بل مقتضى نفي البأس عن

الشراء المسبب عن حلية المأخوذ به ، ولو بقرينة قوله « حتى تعرف الحرام بعينه » عدم الفرق بينه وبين غيره من النواقل ، لوجود المناط ، وهو الحلية . فاندفع به أيضا دعوى إختصاص الجواز بالشراء ، اقتصاراً فيما خالف الاصل والقواعد على القدر المتيقن وهو الشراء دون غيره -كما عن بعض - .

وبالجملة : فالصحيحة كالصريحة : في أن جهات الاسئلة فيها هي : أولاً - عن الجواز مع العلم الاجمالي بحصول الحرام في أيدى العمال وثانياً من جهة توهم الحرمة أو الكراهة في شراء ما يخرج في الصدقة ، كما ذكر في باب الزكاة . وثالثاً - من جهة كفاية الكيل الاول في بيع المكيل والموزون ، وكون أصل الجواز مفروغاً عنه ، والا كان هو أولى بالسؤال عنه (*) .

(*) تنبيه: تقييد جواز الشراء في الفقرة الثانية من الصحيحة بالاخذ والعزل الظاهر في كونه عطف بيان لا نسق ، للتعيين ورفع الجهالة والابهام في المبيع ، ولذا حكموا ببطلان بيع عبد من العبدين وشاة من الشاتين بل وصاع من صبرة منقسمة الى صيعان متعددة ، وان حكموا بصحة بيعه منها مجتمعة مطلقاً ، لعدم الابهام في الثاني في المبيع المقدر بالصاع ، وان كانت الصبرة مجهولة ، ووجوده في الاول لتردد المبيع بين الصيعان وان كانت معلومة العدد ، وان أشكل بعضهم في وجه الفرق بينهما حتى جعلهما من واد واحد في عدم الجهالة فيهما ، ولعله واضح لان متعلق البيع في الثاني هو الكلي المقدر المجرد عن لحاظ جميع العوارض الطارئة على نفس الحقيقة التي هي الماهية المعراة عن جميع القيود والملاحظات الخارجة عنها .مع فرض عدم الابهام فيها في مقدارها ، بخلاف الأول الملحوظ فيه مع قيد التشخص بالفردية والانتشار في الافراد الموجب للابهام من هذه الحيثية المفقودة في بيعه من المجتمعة ، فافهم (منه رحمه الله) .

ومنها - موثقة اسحاق بن عمار « قال : « سألته عن الرجل يشتري من العامل ، وهو يظلم ؟ قال : يشتري منه ما لم يعلم انه ظلم فيه أحداً » (١) لظهور السؤال عن الشراء من العامل في شراء ما هو عامل فيه من الحقوق التي يقبضها عن السلطان : ولا أقل من العموم المستفاد من ترك الاستفصال .

وبه يندفع توهم السؤال عن شراء أموال الظلمة - كما عن الشيخ إبراهيم القطيفي (٢) - فيكون المراد بالظلم المنسوب الى العامل هو أخذه الأكثر من الحق الواجب دون أصل الحق ، وإلا لم ينفك العامل عن الظلم - حينئذ - فيكون سياق الرواية سياق الصحيحة المتقدمة ، سؤالا وجواباً في صدرها .

ونحوه الخبر الموصوف بالصحة ، وفيه : « أشتري من العامل الشيء أعلم إنه يظلم ؟ فقال : اشتر منه » (٣)

بل ، وبترك الاستفصال المفيد للعموم يستدل عليه باطلاق النصوص المجوزة للشراء من الظلمة ، نحو المرسل كالصحيح : « أشتري الطعام

(١) وسائل الحر العاملي، كتاب التجارة ، ابواب ما يتكسب به، باب جواز الشراء من غلات الظالم ، حديث رقم (٢) :

(٢) ذكر ذلك - تفصيلا - في رسالته الخراجية المسماة (السراج الوهاج في مسألة الخراج) طبعت ضمن مجموعة من الرسائل الخراجية والرضاعية وغيرهما في إيران بقطع صغير سنة ١٣١٥ هـ :

(٣) راجع : الوسائل للحر العاملي ، كتاب التجارة ، أبواب ما يتكسب به، باب جواز شراء ما يأخذ الظالم من الغلاة ، حديث رقم (٤) بسنده هكذا : محمد ابن الحسن باسناده عن أحمد بن محمد بن عيسى عن علي بن النعمان عن معاوية بن وهب قال قلت لأبي عبد الله (ع) : أشتري ...

فيجيئني من يتظلم بقول: ظلمتني ؟ فقال : اشتره » (١) .

اللهم إلا أن يدعى في نحو الأخير كون الاطلاق مسوقاً لبيان حكم آخر

ومنها ـ الحسن : « ما يمنع ابن ابي سماك أن يخرج شباب الشيعة فيكفونه ما يكفيه الناس ويعطيهم ما يعطي الناس قال ـ ثم قال لي ـ : لم تركت عطاءك ؟ قال قلت مخافة على ديني ، قال : ما منع ابن أبي سماك أن يبعث إليك بعطائك ؟ أما علم أن لك في بيت المال نصيباً » (٢) :

وقال جدي في (الرياض) ـ بعد ذكره الرواية ـ : ما هذا لفظه : « وهو ـ مع حسنه و احتمال صحته ـ واضح الدلالة من حيث تجويزه ـ أولا ـ لشباب الشيعة أخذ ما يعطي الحاكم الناس المعيلين له ، ومن جهة ما يعطون وجوه الخراج والمقاسمة ، وثانياً ـ للراوي أخذ العطاء من بيت المال الغالب فيه اجتماع وجوهها فيه لندرة الزكوات ، فان لها أرباباً مخصوصة يعطون من دون احراز لها فيه ، فاحتمالها فيه ضعيف واضعف منه احتمال الوجوه الموصى بها أو المنذورة للشيعة : فالمناقشة في الدلالة بما مر ضعيفة» انتهى(٣).

---

(١) الوسائل ـ المصدر الآنف ـ حديث تسلسل (٣) : وعنه ، عن ابن أبي عمير عن محمد بن ابي حمزة ، عن رجل قال : قلت لأبي عبد الله (ع) . . . وذكره الشيخ في التهذيب : ج ٦ ص ٣٣٧) حديث تسلسل (٩٣٧ ـ ٥٨) طبع النجف الأشرف :

(٢) وهي روايةأبي بكر الحضرمي-كما عن مكاسب الشيخ مرتضى الانصاري- قال : دخلت على أبي عبد الله (ع) وعنده ابنه اسماعيل ـ فقال : ما يمنع ابن ابي سماك ... وذكره الحر العاملي في (وسائله ، كتاب التجاره) باب ٥١ إن جوائز الظالم وطعامه حلال .:. حديث رقم (٦) .

(٣) راجع : الجزء الأول منه : كتاب التجارة ـ في جواز الشراء من السلطان الجائر في شرح قول المحقق (الثالثة يجوز أن يشترى من السلطان ما يأخذه باسم المقاسمة)

بل في (قاطعة اللجاج) للكركي - بعد ذكرها - : «وهذا نص في الباب، فانه - عليه السلام بين للسائل حيث قال: إنه ترك أخذ العطاء للخوف على دينه - بأنه لاخوف عليه، فانه إنما يأخذ حقه حيث أنه يستحق من بيت المال نصيباً، وقد تقرر في الأصول تعدي الحكم بالعلة المنصوصة» انتهى (١).

إلا أن المقدس الأردبيلي بالغ في الانكار على المحقق المذكور في دلالتها وأظهر العجب منه حيث قال: «والعجب أنه قال في المنفردة: هذا نص في الباب - الى آخر عبارته المتقدمة - ثم قال: وأنا ما فهمت منها دلالة ما كيف وغاية دلالتها ما ذكره، وذلك قد يكون من بيت مال يجوز أخذه وإعطاؤه للمستحقين، مثل أن يكون منذوراً أو وصية لهم بأن يعطيه ابن أبي سماك أو غير ذلك، ولا يقاس عليه الخراج الذي أخذه الظالم باسم الخراج ظلماً، لأنه ما علم صيرورته خراجاً بحيث يجوز لكل أحد الأخذ منه باذنه لا بدونها، كما هو المدعى - نعم لو صار المأخوذ خراجاً يجوز للمولى إعطاء المستحق نصيبه الذي فيه، إن علم العلة وجواز حصته من المال المشترك لبعض الشركاء، كل ذلك غير ظاهر فيما نحن فيه» انتهى موضع الحاجة من كلامه:

قلت: الانصاف أن الرواية ظاهرة في المطلوب، لا بمثابة النص فيه - كما في الرسالة - ولا أجنبية عنه - كما ادعاه المقدس المزبور - والذي أوقعه في ذلك، بل تكرر في كلامه: هو عدم تعيين المقبوض عنده باسم الزكاة والخراج زكاة وخراجاً حتى تترتب عليه صحة الشراء أو أخذ المستحق له من بيت المال لعدم قبض المتولي له، وهو الامام عليه السلام وان فرق

(١) راجع ذلك في المقالة السادسة منها في حل الخراج في حال حضور الامام وغيبته.

- أخيراً بين الشراء وغيره ، نظراً الى تحقق العوض العائد الى بيت المال فيه ، بخلاف ما لم يكن له عوض كالهبة ونحوها ، فانه يصير كالتضييع .

وأنت خبير بما فيه أولاً - لظهور الأخبار في تعيين ما يؤخذ باسمها زكاة وخراجاً ، سيما الصحيحة المتقدمة وأخبار تقبيل الأراضي : وثانياً - بلزوم خروجه عن القاعدة - أيضاً - في تصحيحه الشراء بالأخبار الآمرة به ، والتفرقة بينه وبين غيره بما ذكر أوهن من بيت العنكبوت . إلا أن يقال بالاقتصار على القدر المتيقن فيما خالف القواعد .

نعم ، قد يدعى ظهور اختصاص الرواية بالزكاة ، لأن الزكاة من الحقوق التي يتعلق بها نصيب أغلب الناس من ذوي الحاجة ، وهي في بيت المال ، وإلا فالخراج لا يتعلق بها وهي كذلك إلا نصيب من يكون الدفع إليه من المصالح العامة كالغزاة والقضاة وصاحب الديوان ونحو ذلك . ولم نعلم كون الراوي منهم ، بل الظاهر تجنبه عنهم للخوف على دينه .

وحملها على خصوص المنذور ، أو الموصى به للشيعة كما احتمله المقدس - بعيدُ جداً كدعوى ندرة الزكاة في بيت المال وعدم الاحراز فيه - كما تقدم من (الرياض) تبعاً لصاحب (الحدائق) - . ويكون - حينئذ - لوم الامام عليه السلام لابن أبي سماك : في عدم إخراج شباب الشيعة ، عدم إخراجهم بالعمالة في جمع الزكاة ليكون لهم منها سهم العاملين : اللهم إلا ان يكون تعلق النصيب في خراج الانفال وما هو للامام عليه السلام من الخمس الذي أباحوه لشيعتهم ، فيكون تعلقه باعتبار ذلك ، بل ويمكن صدق التعلق بخراج (العنوة) باعتبار اعتبار دفع العطايا والجوائز للناس منها بعلاقة الأول والقوة القريبة .

ومنها - الأخبار الواردة في جواز تقبل الخراج من الأراضي والرؤوس التي : منها : ما عن الصدوق في (الفقيه) : « في الصحيح عن اسماعيل

ابن الفضل عن ابي عبد الله (ع) قال : سألته عن الرجل يتقبل بخراج الرجال وجزية رؤوسهم وخراج النخل والآجام والمصائد والسمك والطير وهو لا يدري لعل هذا لا يكون أبداً ، أو يكون ، أنشتريه وفي أيّ زمان نشتريه ونتقبل منه ؟ فقال : اذا علمت من ذلك شيئاً واحداً قد أدرك فاشتره وتقبل به » . وظاهرها كون أصل الجواز مفروغاً عنه وانما وقع السؤال عن غيره :

ومنها - موثقة اسماعيل بن الفضل الهاشمي عن أبي عبد الله (ع) : « في الرجل يتقبل بجزية رؤوس الجبال وبخراج النخل والاجام والطير ، وهو لا يدري لعله لا يكون ... » (١) الخبر المتقدم بأدنى تفاوت : وهي كالأولى في كون السؤال من حيث انه لا يدري أنه يكون من ذلك شيء أم لا .

ومنها - صحيحة الحلبي عن أبي عبد الله (ع) - في جملة حديث - « قال : لا بأس بأن يتقبل الرجل الأرض وأهلها من السلطان وعن مزارعة أهل الخراج بالربع والنصف والثلث ؟ قال : نعم لا بأس به ، وقد قبل رسول الله (ص) خيبراً أعطاها اليهود حين فتحت عليه ... » الخبر (٢).

ومنها - رواية الفيض بن المختار : « قال : قلت لابي عبد الله (ع) جعلت فداك ما تقول فى الارض أتقبلها من السلطان ثم أو اجرها من أكرتي على أن ما أخرج الله تعالى منها من شي لي من ذلك النصف أو الثلث بعد حق السلطان ؟ قال : لا بأس ، كذلك أعامل اكرتي » (٣) .

---

(١) ذكر هذين الخبرين : الشيخ الانصاري في (مكاسبه) وعامة الفقهاء في (المكاسب المحرمة).

(٢) ذكرها الشيخ في التهذيب ، كتاب التجارات ، باب المزارعة ، حديث رقم (٨٨) ج ٧ طبع النجف .

(٣) ذكرها الكليني في (الكافي ، كتاب المعيشة ، باب قبالة أراضي أهل الذمة ...) حديث رقم (٢) بسنده هكذا: حميد بن زياد عن الحسن بن محمد عن=

إلى غير ذلك من الاخبار الصريحة في صحة التقبـــل الموجبة لانتقال الخراج الى المتقبل ودخوله في ملكه مطلقاً واو كان الخراج ثابتاً في الذمة المشعرة بكون حكم تصرف الجائر في هذه الاراضي بحكم تصرف الامام العادل فيها ، ولو بامضاء ذلك منه (ع) لمصلحة هو أعرف بها .

ومنها ـ ما روى في الصحيح عن جميل بن صالح ، قال : « أرادوا بيع تمر عين أبي زياد ، وأردت أن أشتريه ، فقلت : لا ، حتى استأمر أبا عبد الله (ع) ، فسألت معاذاً أن يستأمره ، فقال : قل له : يشتره ، فانه ان لم يشتره ، اشتراه غيره » (١) :

واستدل به المحقق الكركي في (رسالته) على حلية الخراج والمقاسمة تبعاً لما حكاه عن العلامة ـ رحمه الله ـ في (المنتهى) في ذلك (٢) :

وهو مبني على كون عين أبي زياد من الأراضي الخراجية ، كما لعله يعطيه ما حكي عن (الوافي) بعد ذكر الخبر في باب المتاجر : أبو زياد كان من عمال السلطان إلا أنه من المحتمل ـ قريباً ـ كون الضيعة المزبورة

=أحمد بن الحسن الميثمي ، قال : حدثني ابو نجيح المسمعي عن الفيض بن المختار ، وكذلك ذكره الشيخ في التهذيب ، كتاب التجارات ، باب المزارعة حديث تسلسل (٨٨١) . والأكرة ـ بالفتح كعملة ـ جمع أكار ـ بالفتح والتشديد : الزراع .

(١) وسائل الحر العاملي ، كتاب التجارة ، أبواب ما يكتسب به ، ٥٣ باب جواز الشراء من غلات الظالم : . . حديث رقم (١) إلا أن فيه بدل (حتى استأمر) : (حتى استأذن) . ومثله في (تهذيب الشيخ ـ في المكاسب) ج ٦ ص ٣٧٥ حديث رقم (١٠٩٢ ـ ٢١٣) طبع النجف الاشرف :

(٢) راجع ذلك في المقالة السادسة من (رسالته) في حل الخراج ، اثناء عرض الاخبار في الباب، يقول بعد ذكره للحديث ـ «قلت : قد احتج بهذا الحديث لحل ذلك العلامة في (المنتهى) وصححه » .

كانت لأبي عبد الله وغصبت منه ، كما يشعر به ما رواه ثقة الاسلام في (الكافي - في باب نادر آخر ابواب الزكاة) : « عن يونس - أو غيره - عن أبي عبد الله (ع) قال : قلت له : بلغني انك تفعل في غلة عين زياد شيئاً ، فأنا أحب ان اسمعه منك ، قال : فقال : نعم ، كنت آمر اذا أدركت الثمرة أن يثلم في حيطانها الثلم ليدخل الناس ويأكلون ، فكنت آمر في كل يوم أن توضع عشر بنيات يقعد على كل بنية عشرة كلما أكل عشرة جاء عشرة يلقى لكل نفس منهم مد من رطب ، وكنت آمر ، لجيران الضيعة كلهم : الشيخ والعجوز والمريض والصبي والمرأة ومن لا يقدر يجيء ، فيؤخذ لكل انسان مد فاذا كان الجذاذ وفيت القوام والوكلاء والرجال أجرتهم ، واحمل الباقي الى المدينة ، ففرقت في أهل البيوتات والمستحقين الراحلتين والثلاثة والاقل والاكثر - على قدر استحقاقهم - وحصل لي بعد ذلك أربعمائة دينار ، وكان غلتها أربعة آلاف دينار » .

ولا ينافي فيه إضافة الضيعة الى أبي زياد - في الاول - والى زياد - في الثاني - فان مثل هذا التجوز - كثير - كما قيل - فيكون استثماره منه - عليه السلام - لكونها له . ولعله لذلك لا يخلو الاستدلال به على المطلوب من وهن .

ومنها - صحيحة عبد الرحمان بن الحجاج : « قال قال لي : ابو الحسن عليه السلام : مالك لا تدخل مع علي في شراء الطعام ، إني اظنك ضيقاً قلت : نعم ، وإن شئت وسعت علي ، قال : اشتره » (١) بناء على قوة احتمال كون الطعام المشترى من الحقوق المضروبة على الاراضي والزراعة واحتمال كون اللام فيه للعهد والمعهود من غيرها لعله ضعيف .

---

(١) راجع : وسائل الحر العاملي ، كتاب التجارة ، أبواب ما يتكسب به ، ٥٢ باب جواز شراء ما يأخذ الظالم من الغلات ... حديث تسلسل (٢٢٣٧٠ - ١)

وكذا استدل به في (التذكرة) على جواز تناول ما يأخذه الجائر باسم الخراج والمقاسمة. وتبعه عليه في ذلك الكركي في (رسالته) (١).

إلى غير ذلك من الاخبار التي يشرف الفقيه بملاحظتها وانضمام بعضها الى بعض - على القطع بالمسألة.

مضافاً إلى الاجماعات المحكية التي : منها - ما حكاه جدنا العلامة في (المصابيح) حيث قال : « ما يأخذه الجائر من الغلات باسم المقاسمة ومن الاموال باسم الخراج في أراضي الصلح ، والاراضي المفتوحة عنوة وباسم الزكاة مما فيه الزكاة ، في حكم ماله يجوز ابتياعه منه واتهابه ، وكذا سائر المعاوضات وان لم يرض المالك ، باجماع علمائنا ورواية أصحابنا » (٢).

وما وقع حكايته مكرراً من الكركي - رحمه الله - في (رسالته) ومن السيد جدنا في (الرياض) مستفيضاً حيث قال - بعد ذكر فتواه في ذلك - : « والاصل في المسألة - بعد عدم الخلاف في الطائفة والاجماع المستفيض حكايته في كلام - جماعة - : المعتبرة المستفيضة » انتهى (٣).

بل في (المسالك) دعوى إطباق العلماء حيث قال : « ... إلا أن ما يأخذه الجائر في زمن الغيبة قد أذن أئمتنا عليهم السلام في تناوله منه

---

(١) راجع نفس المصدر الآنف من (الرسالة) قاله بعد استدلاله بالرواية المذكورة بقول : « وقد احتج بها العلامة في (التذكرة) على تناول ما يأخذه الجائر باسم الخراج والمقاسمة ».

(٢) المصابيح للسيد بحر العلوم - قدس سره - من الموسوعات الفقهية الاستدلالية ولا يزال الكتاب خطياً . راجع هذه العبارة في أوائل كتاب التجارة منه بعنوان (مصباح : ما يأخذه الجائر ...).

(٣) راجع الجزء الأول من (الرياض ، كتاب التجارة المكاسب المحرمة منها) في شرح قول المحقق (الثالثة - يجوز أن يشتري من السلطان ...).

وأطبق عليه علماؤنا لا نعلم فيه مخالفاً وإن كان ظالما في أخذه » (١) انتهى .

وفي (الجواهر) : « لا خلاف معتداً به في جواز شرائه منه وقبول هبته ونحو ذلك مما يقع على المملوك حقيقة » ثم حكى الاجماع عن غير واحد (٢) . ولعل التقييد في نفي الخلاف إشارة الى مخالفة الاردبيلي - رحمه الله - تبعاً للشيخ إبراهيم القطيفي .

وفي (الحدائق) : « المسألة الثانية : انه لا خلاف بين الاصحاب - رضي الله عنهم - في أن ما يأخذه الجائر باسم المقاسمة والخراج من الاراضي والغلات وما يأخذه باسم الزكاة من الانعام والغلات ونحو ذلك يجوز شراؤه وقبول اتهابه . بل ظاهر كلام جملة من الاصحاب دعوى الاجماع على ذلك ، ولم أقف على مخالف في الحكم المذكور إلا المحقق الاردبيلي - رحمه الله - في (شرح الارشاد) وقبله الفاضل الشيخ ابراهيم ابن سليمان القطيفي أصلا ، الحلي مسكناً » انتهى (٣) .

بل يظهر لمن تتبع فتاوى الاصحاب المحررة في كتبهم والمحكية عنهم

---

(١) راجع - من مسالك الشهيد الأول في شرح الشرائع - : أوائل كتاب التجارة في شرح قول المحقق (السابعة ما يأخذه السلطان الجائر من الغلات ...).

(٢) راجع ذلك - في أوائل كتاب المتاجر - في شرح قول المحقق (ما يأخذه السلطان الجائر ...) وبعد هذه العبارة يقول « وعن جامع المقاصد : إن عليه - أي شرائه منه - إجماع فقهاء الامامية والأخبار المتواترة . وفي (مصابيح العلامة الطباطبائي) : إن عليه اجماع علمائنا وروايات أصحابنا . وفي (قاطعة اللجاج) : الاجماع مكرراً على ذلك . وفي (المسالك) : أذن أئمتنا في تناوله وأطبق عليه علماؤنا ولا نعلم فيه مخالفاً . وفي محكي التنقيح وتعليق الارشاد : الاجماع عليه ... »

(٣) راجع منه : كتاب المتاجر والمكاسب ، المقدمة الرابعة في تحقيق مسائل تدخل في حيز هذا المقام ... المسألة الثانية - الظاهر أن لا خلاف ...

بالحل وجواز التناول من الجائر إنه من البديهيات عندهم حيث أرسلوه إرسال المسلمات من دون ذكر خلاف في المسألة مع أن ديدنهم التعرض للأقوال النادرة في المسائل الخلافية والى قضاء ضرورة التعيش ومسيس الحاجة اليه بحيث كاد أن يكون التكليف بالتجنب عنه من التكليف بما لا يطاق ، ولا أقل من استلزامه العسر والحرج المنفيين آية ورواية، وحرمان الشيعة من حقوقهم المتعلقة بتلك الاموال المجعولة في أيديهم وتحت سلطنتهم مع عدم الوسيلة لهم للوصول اليها إلا بهم ، ومقتضاه - كما هو مقتضى إطلاق النصوص والفتاوى بل إطلاق معقد الاجماعات المحكية - عدا الاول منها - : عدم الفرق في الخراج المأخوذ من أرض الأنفال المختصة بالامام عليه السلام وغيرها مما هو للمسلمين كأرض الصلح والمفتوحة عنـوة ، مع احتمال الاختصاص بـالثاني ، اقتصاراً على المتيقن من إمضاء تصرفات الجائر وعمله ، والمغصوب من الامام عليه السلام كالمغصوب من آحاد المسلمين أو التفصيل في المأخوذ منه ذلك بين الشيعة وغيرهم لكون الأرض - في الأول - مفروضة بلا أجرة عليه بحكم الاباحة منهم لشيعتهم ، بخلاف الثاني ، فانه يجوز لنا أخذه ، اما لكونه أجرة الأرض المفروض كونـه للامام عليه السلام - أو تقاصاً عن الأجرة الثابتة في ذمته :

ثم إن مقتضى الصحيحة المتقدمة وغيرها (١) الظاهرة بل الصريحة في تعيين مـا يقبضه الجائر من المالك باسم الزكاة من الأنعام والغلات زكاة - ولذا أجاز شراءه منه وإلا كان غصباً باقيـاً على ملك مالكه الموجب لعدم جواز شرائه قطعاً - سقوطها عن المالك وبراءة ذمته عن أدائها مـرة أخرى - كما هو أحد القولين أو الاقوال في المسألة - : بل أخذ الجائر ذلك منـه المتوقف على قسمته معه بحكم العزل المعين كون

(١) راجع : ص ٣١٢ من هذا الكتاب إشارة الى صحيحة الحلبي

المعزول زكاة ، بل هو منه حقيقة فاذا أخذه الجائر أخذ ما هو زكاة ، وان كان ظالماً في أخذه لكونه غير مستحق لـه ولا نائباً عن المستحق كالخراج الظالم في أخذه لذلك مع تعيين كونه خراجاً بحكم الشارع وبرائة ذمة المالك عن دفعه ثانياً بالاتفاق .

مضافاً إلى مادل على سقوطها -حينئذ- من المعتبرة المستفيضة التي منها :

صحيحة يعقوب ، قال : (سألت أبا عبد الله عليه السلام عن العشور التي تؤخذ من الرجل ، أيحتسبه بها من زكاته؟ قال: نعم ان شاء) :

وصحيحة سليمان : « سمعت الصادق (ع) يقول : إن أصحاب أبي أتوه ، فسألوه عما يأخذه السلطان فرق لهم ، وإنه ليعلم أن الزكاة لا تحل الا لأهلها ، فأمرهم أن يحتسبوا به ، فجاز ذلك والله لهم، يا أبه ان سمعوا ذلك لم يزك أحد ، فقال : يابني حق أراد الله أن يظهره » (١)

وصحيحة العيص عن أبي عبد الله (ع) في الزكاة ، قال « ما أخذه منكم بنو أمية فاحتسبوا به ولا تعطوهم شيئاً ما استطعتم ، فان المال لاينبغي أن يزكى مرتين » (٢) :

(١) راجع : الاستبصار للشيخ الطوسي ، كتاب الزكاة ، ١١ - باب ان الزكاة انما تجب بعد اخراج مؤنة السلطان حديث رقم (٦) ج ٢ طبع النجف الاشرف ، - باختلاف يسير في بعض كلماته - وسند الحديث فيه هكذا : سعد بن عبد الله عن أبي جعفر عن الحسين بن سعيد عن محمد بن أبي عمير عن عبد الرحمان ابن الحجاج عن سليمان بن خالد :

(٢) المصدر نفسه ، حديث رقم (٧) بسنده عن سعد بن عبد الله عن أحمد ابن محمد عن عبد الرحمان بن ابي نجران وعلى بن الحسن الطويل عن صفوان بن يحيي عن عيص بن القاسم عن ابي عبد الله (ع) . وفي آخره : (وإن المال لا يبقى على أن يزكيه مرتين) :

مؤيداً بالأخبار الدالة على سقوط الزكاة بعد دفع الخراج اليه التي :
منها ما رواه رفاعة : « سألت أبا عبد الله (ع) عن الرجل له الضيعة : فيؤدي خراجها ، هل عليه فيها العشر قال : لا » (١)

ونحوه صحيحته الأخرى ، وخبر أبي كهمش عنه (ع) : «من أخذ منه السلطان الخراج فلا زكاة عليه » . (٢)

وخبر أبي قتادة عن سهل بن اليسع حيث أنشأ سهل يسأل أبا الحسن - عليه السلام - عما يخرج منها : ما عليه إذا كان السلطان يأخذ خراجه؟: « فليس عليك شيء وان لم يأخذ السلطان منها شيئاً فعليك إخراج عشر ما يكون فيها » (٣) بعد حملها - كما في الحدائق عن بعض - على إرادة الزكاة من الخراج ، فتكون - حينئذ - من روايات الباب : وان كان الأولى حملها على التقية ، لكون ذلك مذهباً لأبي حنيفة - على ما حكي عنه - وعليه فتعتبر النية عند الدفع اليه ، كما تعتبر في سائر الزكوات :

والقول الآخر : عدم سقوط الزكاة عنه بدفعها اليـــه - كما قواه شيخنا الشهيد الثاني رحمه الله - في (المسالك) معللا بـــأن الجائر ليس نائب المستحقين ، فتعذر النية ، فلا يصح الاخراج بدونها ووجوب دفعه اليه أعم من كونه على وجه الزكاة أو المغني معهم في أحكامهم والتحرز

(١) المصدر نفسه، حديث رقم (٢) بسنده: عن الحسين بن سعيد عن محمد بن ابي عمير عن رفاعة بن موسى :.:

(٢) المصدر نفسه ، حديث رقم (٣) بسنده : عن سعد عن ابي جعفر عن الحسين بن علي بن فضال عن ابي كهمش عن ابي عبد الله (ع) .:.

(٣) راجع : الوسائل، كتاب الزكاة، ١٠ باب حكم حصة السلطان والخراج حديث رقم (١) بسنده عن محمد بن يعقوب عن محمد بن يحيى عن أحمد بن محمد عن عبد الله بن مالك عن أبي قتادة .

عن الضرر بمباينتهم (١)

وبما ذكرنا يظهر لك ضعف هذا القول ومستنده :

نعم ، يدل عليه صحيحة الشحام ، وهي : « قلت للصادق (ع) جعلت فداك ، إن هؤلاء المصدقين يأتوننا فيأخذون منا الصدقة ، فنعطيهم إياها : تجزى عنا ؟ قال : إنما هؤلاء قوم غصبوكم ـ أو قال ظلموكم ـ أموالكم وإنما الصدقة لأهلها » (٢)

إلا أن المحكي عن الشيخ ـ رحمه الله ـ حملها على استحباب الاعادة وفي (الحدائق) : حملها على ما اذا تمكن من عدم الإعطاء بانكاره ونحوه ولم يفعل : بل لو سلمها اليهم بمجرد الطلب وهو حسن : ولعله يشهد له صحيحة العيص المتقدمة (٣) ، لولا ظهورها(٤)في المقهورية على الدفع وعدم امكان المدافعة ، ولو بمعونة ظهور قوله في الجواب (انما هؤلاء قوم غصبوكم أو ظلموكم) الموهن للحمل المذكور .

اللهم إلا ان يريد بالغصب أوالظلم من حيث المصرف والمدفوع له ، لا من حيث الأخذ من المالك لكونها من حقوقكم المدفوعة الى غيركم ، وحينئذ يتجه الحمل المذكور .

ولعل الاقوى ، القول بالتفصيل في السقوط وعدمه بين الدفع اليه

---

(١) راجع ذلك ـ في كتاب التجارة منه ـ في المكاسب المحرمة ، مسائل في شرح قول المحقق : السابعة ـ ما يأخذه السلطان من الغلات باسم المقاسمة .:. قال : وهل تبرء ذمة المالك من اخراج الزكاة مرة اخرى : يحتمله .:.

(٢) ذكرها صاحب الجواهر وغيره ممن شرح الشرائع ـ في كتاب المتاجر ، في شرح قول المحقق. السابعة ما يأخذه السلطان .:.

(٣) راجع ـ ص ٣١٨ من هذا الكتاب :

(٤) أي : صحيحة الشحام :

مع امكان منعه وجحده ، ولو بالانكار عليه ، فالثاني وان تعين المقبوض زكاة بالقسمة والعزل لثبوته بالتفريط في الذمة ، مثلا ، ان كان مثلياً ، أو قيمة ان كان قيمياً ، ومع عدم امكانه فالأول لعــدم التفريط فيه بالفرض ، وبه يجمع بين الأخبار . ويشهد له الصحيحة المتقدمة (١) ؛ ولا كذلك الحكم في الخراج ، بل تبرء الذمة منه بالدفع الى الجائر مطلقاً وإن تمكن من جحده لوجود تقبل الأراضي منه ولو بالتخيير بينه وبين الحاكم - كما هو مدلول الأخبار ، ومعاقد الاجماعات - حسبما تقدم ، ولم يوجد مثله في دفع الزكاة إلى الجائر ، فظهر الفرق بما ذكرنا بين الزكاة والخراج بعد دفعهما اليه في السقوط مطلقاً في الثاني ، والتفصيل فيه في الأول ؛

ودعوى عدم تعيين الزكاة بالعزل الذي يلزم من تحققه التلف ، وان كانت ولاية العزل والقسمة للمالك إرفاقاً به لكن ما لم يكن كذلك ، وإجبار الشخص عـلى إعطاء الزكاة لا يوجب احتساب المدفوع من حق الفقراء ، لأن المشاع لا يتميز بغير رضا الشركاء ، غاية الأمر أنه يجب على المكرَه أن يدفع الى المكرِه ما يكفيه شره ، وأما احتسابه من حق الفقراء فلا ، ومن هنا يعلم أن الاكراه على تعيين قسمة أحد الشريكين لا ينفع في التعيين ؛

فيها : إن ذلك اجتهاد في مقابل النص . نعم هو مقتضى القواعد الاولية التي يجب الخروج عنها بظواهر النصوص المتقدمة (٢) .

هذا كله في حـكم الاخذ من الجائر مما يأخـذه باسم الزكاة والخراج ؛

---

(١) يشير إلى صحيحة العيص المتقدمة ص ٣١٨ ؛

(٢) راجع : ص ٣١٨ - ٣٢٠ من هذا الكتاب ؛

واما حكم جوائزه مما لا يعلم كونه منهما ، بل جوائز الظالم مطلقاً ، فلا يخلو: إما أن يعلم بكونه حراماً بعينه ، أو يعلم بكونه حلالا كذلك ، أو لا يعلم شيئاً منهما بل هو مشتبه الحال :

أما الاول - فلا اشكال في حرمة اخذه وتناوله إلا مع قصد ارجاعه إلى مالكه مع التمكن منه والتصدق عنه مع عدمه ، فيجوز ذلك -حينئذ- بل يستحب ويكون أمانة في يده لا يضمنها إلا مع التعدي أو التفريط ، ومع عدم قصد ذلك يضمنه لو تلف ولو بغير تفريط مطلقاً ، ولو علم بها بعد القبض ، لأن يده - حينئذ - عادية والقبض لمصلحته ؛

أما لو تلف في يده مع سبق القبض على العلم بالحرمة مع القصد المذكور عنده ، ففي ضمانه لعموم « على اليد » وعدم منافاة جواز التصرف للضمان ، وعدمه لجواز التصرف مع قصد الإحسان على المالك بالفرض: قولان ، أقربهما الاول .

وبالجملة ، فصور المسألة في الضمان وعدمه أربع ، لان المجاز بذلك: إما أن يقصد الارجاع إلى المالك ، أو لا . وعلى التقديرين : إما أن يعلم بالحرمة قبل القبض ، أو بعده :

لا إشكال في الضمان مع عدم القصد -مطلقاً- ولو كان العلم بها بعد القبض لكونه غاصباً - حينئذ - كما لا ينبغي الاشكال في عدمه معه لو سبق العلم بها عليه ، لأنه أمين محسن فلا سبيل عليه . وكون القبض - حينئذ - حسبياً مأموراً به من الشارع رعاية لمصلحة المالك وعدم تضرره ، فكيف يكون ذلك بتضرر القابض حسبة ، وهل هو إلا من دفع الضرر بالضرر المساوي له في درجة الملاحظة .

وفي ضمانه معه - لو قبض ثم علم بها - قولان : اختار ثانيهما في (المسالك) حيث قال : « والأقوى التفصيل وهو أنه ان كان قد قبضها

من الظالم عالماً بكونها مغصوبة ضمن واستمر الضمان. وإن أخذت منه قهراً وإن لم يعلم حالها حتى قبضها ثم تبين كونها مغصوبة ولم يقصر في إيصالها إلى مالكها ولا في حفظها ، لم يضمن ، والفرق بين الحالتين واضح فإن يده في الأول عادية فيستصحب حكم الضمان كما لو تلف بغير تفريط ، وفي الثاني يد أمانة فيستصحب كما لو تلف بغير تفريط » (١)

وتبعه على ذلك جدنا العلامة - رحمه الله - في (المصابيح) حيث قال : « ولو علم بالتحريم لم يجز الأخذ إلا بقصد الاعادة على المالك فيجوز -حينئذ- بل يستحب ، ولا يضمن على تقدير التلف لجواز التصرف كما لو قبضها ثم علم بالتحريم » انتهى (٢)

وظاهرهما - بل صريح الأول - عدم الضمان رأساً ؛ وظاهر السيد جدنا - رحمه الله - في (الرياض) التوقف في المسألة لاقتصاره فيها على نقل القولين من دون اختيار لاحدهما (٣)

والاقوى هو الاول ، لما عرفت من عموم « على اليد » مع منع كونها عند القبض والاستيلاء عليه أمانة. كيف ولم يقبضها إلا لمصلحة نفسه وأقدم في الاخذ على كونها له .

ويؤيده - بل يدل عليه - : إطلاق كلامهم بالضمان في مسألة تعاقب الايدي من غير تفصيل بين العلم والغصب والجهل به ، مستمراً كان

---

(١) راجع : كتاب التجارة منه ضمن مسائل : السادسة - جوائز الجائر ، في شرح قول المحقق : ولا يجوز اعادتها ...

(٢) راجع منه: كتاب المتاجر ، مصباح (يجوز أخذ الجوائز من الظالمين والتصرف فيها ...) .

(٣) راجع ذلك في كتاب التجارة في شرح قول المحقق: السادسة : جوائز السلطان . . .

الجهل به أو لا - ورجوع المالك على من شاء منهم :

نعم ربما يحتمل القول بسقوطه عند العلم به مع قصد إرجاعه الى المالك لكون القبض - حينئذ - مأذوناً فيه من الشارع ويكون بالقصد المزبور محسناً على المالك ، فيتبدل عنوان اليد من الضمان الى الامانة الشرعية التي هي من مسقطات الضمان ، بل هو أقوى من القول بعدم الضمان - أصلا - :

ولكنه مع ذلك ، فيه - أيضاً - : منع تبدلها إلى الامانة بمجرد العلم ، مع القصد المزبور وإن كان مأذوناً فيه . أما بناء على أن القبض المستدام قبض واحد ، بناء على بقاء الاكوان وعدم احتياج الباقي الى المؤثر ، فواضح ، لانه قبض مضمون عليه بالفرض ، فيستصحب ضمانه ، وأما بناء على عدم بقاء الاكوان وأنه قبوضات متعددة متجددة ، ففيه - أيضا - إن القبض المأذون فيه المتجدد عند العلم - لو سلم - فغايته أنه لا يوجب ضماناً ولا ينافي ثبوته بالقبض الاول :

والذي يجدي في المقام : كونه مسقطاً للضمان ، لا مجرد عدم كونه موجباً له ، إلا بدعوى الملازمة الممنوعة بين عدم سببيته للضمان وبين سببيته لعدمه ، وليس كل مأذون فيه أمانة شرعية ، فان الاذن لازم أعم للامانة ، لا مساوياً لها .

هذا ، وهل يتقدر الفحص المتوقف عليه الايصال الواجب الى سنة تنزيلا له منزلة اللقطة ، لخبر حفص بن غياث : « سألت أبا عبد الله (ع) عن رجل من المسلمين أودعه رجل من اللصوص دراهم أو متاعاً - واللص مسلم - : هل يرده عليه ؟ فقال : لا يرده عليه فان أمكنه أن يرده على صاحبه فعل ، وإلا كان في يده بمنزلة اللقطة . يصيبها، فيعرفها حولاً ، فان أصاب صاحبها ردها عليه وإلا تصدق بها، فان جاء صاحبها

بعد ذلك خيّره بين الأجر والغرم ، فان اختار الأجر فله الأجر ، وان اختار الغرم فله الغرم »(١) مع التعدي عن مورده من اللص الى غيره ، ومن الوديعة الى غيرها .

أو الى حد اليأس لكونه الأصل فيه ، بعد الاقتصار في الخبر على مورده ؟ وجهان .

ولو توقف الفحص على الأجرة ، ففي وجوبها عليه ـ مطلقاً ـ ويرجع بها مع الجهل على من غرّه ، أو ما لم يكن أميناً بأن كانت يده يدضمان مطلقاً ، ومع الغرور يرجع به الى الغار ، أو في خصوص ما لو كانت يده عدواناً إثماً ؟ فيه احتمالات . فان عرف المالك بعينه ولو بعد الفحص عنه دفعه اليه مع بقاء العين ، ومع التلف دفع بدله المثل أو القيمة لو كانت مضمونة عليه ، وإلا فان كان مشتبهاً بين محصورين تخلص عنه بالصلح معهم ، فان امتنعوا عنه توصل الدفع الى الحاكم ليجبرهم عليه ، ويحتمل التعيين بالقرعة ، لأنها لكل أمر مشكل. وان كان في غير المحصورين ، أو كان مجهولا بالكلية ، تخير بين الدفع الى الحاكم ـ مطلقاً ـ لأنه وليه فيكون يده يد المالك المولى عليه ، وبين التصدق عنه بنفسه كذلك ، لورود الأخبار المستفيضة بالتصدق عنه ـ حينئذ ـ فيستفاد منها ثبوت ولاية التصدق للمتصدق أيضاً ، كما أن ولاية تعيين الزكاة وعزلها للمالك .

ويحتمل التفصيل بين العين المتصدق بها وبين الدين الثابت في الذمة ،

---

(١) من لا يحضره الفقيه للشيخ الصدوق ـ أبواب القضايا والأحكام ، ٩١ باب ما يكون حكمه حكم اللقطة حديث تسلسل (٨٥٦ ـ ١) ج ٣ طبع النجف الأشرف بسنده : روى سليمان بن داود المنقري عن حفص بن غياث ، وفي آخر الحديث : وإن اختار الغرم غرم له وكان الأجر له .

لأنه كلي لا يتشخص إلا بقبض الديان أو وكيله ، فتعين فيه بالخصوص دفعه الى الحاكم ، وبقبضه يتعين كونه للمالك فيتصدق بماله عنه .

اللهم إلا أن يستفاد من إطلاق أخبار الصدقة ثبوت ولاية تشخص العين للمديون هنا - أيضاً - ولا ريب أن الأحوط دفعه الى الحاكم مطلقاً لما يظهر من بعض الروايات : أن مجهول المالك مال الامام ، كرواية داود بن ابي زيد : « إني أصبت مالاً ، واني قد خفت منه على نفسي فلو أصبت صاحبه دفعته اليه وتخلصت عنه ، فقال أبو عبد الله (ع): لو أصبت كنت تدفعه اليه ؟ فقال : إي والله ، فقال : والله ماله صاحب غيري ، قال فاستلحفه أن يدفعه الى من يأمره ، فحلف ، قال : فاذهب وقسمه بين إخوانك ولك الأمن مما خفته ، قال : فقسمه بين اخوانه » (١)

ولا يجب عليه الحفظ والوصية به ، والاحتياط بحفظه للمالك لعله خلاف الاحتياط لأدائه - غالباً - الى حرمانه عن العين والبدل ، بناء على عدم عموم المنزلة في خبر حفص بن غياث المتقدم ، وأن التنزيل منزلة اللقطة في حد الفحص الى سنة والتصدق بعده ، مؤيداً بخلو أخبار حكم مجهول المالك بالصدقة عن حفظه للمالك ، كما ورد الأمر به ، ولو تخييراً في اللقطة .

فما عن الحلي : من إبقائها أمانة في يده والوصية بها مع كونهـا معرضاً للتلف ، ضعيف لما عرفت .

وكيف كان ، فلو ظهر المالك بعد التصدق فله الخيار بين إمضاء

(١) من لا يحضره الفقيه للصدوق -رحمه الله- في أبواب القضايا والأحكام ٩٠ باب اللقطة والضالة ، حديث تسلسل (٨٥٤) - ١٧ - ج ٣ طبع النجف الاشرف . وفي بعض النسخ (بين اصحابه) بدل (بين اخوانه).

الصدقة وقبول الأجر والثواب ، وبين ردها وغرامة المتصدق المثـل أو القيمة . وليس له الرجوع على المتصدق عليه ولو مع بقاء العين في يده، لاصالة لزوم الصدقة وثبوت الضمان على المتصدق بعد التصدق مطلقاً ، ولو كانت يده أمانة ، للاخبار المستفيضة المصرحة بذلك ، وقاعدة الاتلاف مع إمكان المناقشة فيها بالخصوص في المقام ، لكونه من الاتلاف له لا الاتلاف عليه : ولذا يمكن أن يقال : لولا الاخبار كان مقتضى القاعدة عدم الضمان بعد الأمر به ، بناء على أن التصدق به لوع إيصال الى المالك ، ونحوٌ من الطرق الموصلة اليه :

ولو مات المالك ، ففي قيام وارثه في الخيار مقامه وعدمه احتمالان، لكلى منهما وجه :

ولومات المتصدق (يعني من عليه التصدق) قبل التصدق به، فان كانت العين باقية وظهر المالك أخذها وان كانت تالفة مضمونة عليه ولم يتصدق ببدلها حتى مات، رجع به على تركته مطلقاً ، ولو بعد القسمة ، وفي ضمانه بعد الصدقة وإجراء حكم ديونه عليه لو أراد المالك بدله المالي : وجهان ، والأقوى العدم ، بل تعين عليه قبول الأجر والثواب ، سيما بناء على ثبوت الحق للمالك بظهوره أو بمطالبته ، لا عند التصدق به ، كما عليه غير واحد من الأصحاب . وتفصيل الكلام موكول الى محله في باب اللقطة .

ومما ذكرنا يظهر حكم الظالم نفسه فيما عليه من المظالم المجهولة المالك فانه يجبره الحاكم في أخذ المظالم منه في حال حياته ويتصدق بها عن أربابها وتخرج من أصل تركته بعد موته كالدين مقدماً على مواريثه ووصاياه ، خلافاً لشيخنا الأكبر كاشف الغطاء في شرحه على (القواعد) حيث قال ما لفظه : « عازماً على الضمان أي بعد الصدقة : ثم الأداء لو ظهر فاختار انه يرد اليه ثواب الصدقة ويأخذ ماله ولا يحسب من ديونه - الى

أن قال ـ : وتؤخذ من الظالم قهراً مع الإمكان ، إن بقيت في يده ، وعوضها مع التلف ، ويقاص بها من أمواله ما لم يجبر على الأخذ ـ على الأقوى ـ مع حياته ، ولو كانت ودائع على نحو ما سيجيء في كتاب الغصب ، إلا أن ما في يده من المظالم ثم تلف لا يلحقه حكم الديون في التفريع على الوصايا والمواريث ، لعدم انصراف الدين اليه وإن كان منه ، وبقاء عموم الوصية والمواريث على حاله ، والسيرة المأخوذة يداً بيد من مبدأ الاسلام الى يومنا هذا ، فعلى هذا لو أوصى بها بعد التلف خرجت من الثلث » انتهى :

وتبعه على ذلك ولده في (أنوار الفقاهة) حيث قال : « وضمان المتصدق للصدقة لو ظهر أهلها لا يجري فيه حكم الدين في حياته ، ولا يجب أن يوصي به ويعزل عند وفاته ، نعم لو ظهر أهلها بعد موته وقبل تلف التركة قوي جواز الرجوع إلى التركة والأخذ منها ، وأما بعد التلف فلا يبعد سقوط حق الرجوع بها ، وأما الظالم نفسه فيرجع عليه بما أخذه عيناً مع وجود أهله ، ولو أتلفه رجعوا عليه بمثله أو قيمته حياً أو ميتاً ، ويكون عليه كسائر الديون ، وان كان مجهولا رجع الحاكم عليه في حياته ، وأما بعد موته فالأظهر أنه لا يؤخذ من تركته ولا يحتسب كديونه الخاصة بحيث تقــدم على وصاياه ومواريثه ، بل لو اوصى بها خرجت من الثلث » انتهى :

قلت : دعوى الانصراف غير مسلمة ، ولو سلمت فمن الانصرافات البدوية التي لا يعول عليها ، والسيرة الكاشفة ممنوعة ، والمنبعثة عن عدم المبالاة غير مجدية :

فظهر بما ذكرناه حكم صور المسألة ، وان الأقوى في إجراء حكم الدين عليه ، وعدمه التفصيل بين ما قبل الصدقة وبعدها . وفي الثالثة :

بين ظهور المالك في حياة المتصدق وبعد موته ، وأنــه دين تجري فيه أحكام ديونه قبل التصدق - مطلقاً - ظهر المالك أم لم يظهر ، فى حياته أو بعد موته - ولا كذلك بعد الصدقة إلا فيما لو ظهر المالك في حال حياته ، فله الرد والرجوع بالبدل المالي ، للاخبار مع الاقتصار فيها على ظاهرها من الرجوع عليه في حياته وأنه القدر المتيقن من ثبوت الحق للمالك بظهوره أو بعد مطالبته .

ثم إن مصرف هذه الصدقة - كغيرها من الصدقات - هو فقراء المؤمنين حتى لو كان المالك المجهول من غير أهل الحق من محترمي المال ، لأنه المتبادر منها ولاطلاق الامر بها ، وإن لم ينتفع بثوابه الأخروي ، لامكان تعويضه ببدله الدنيوي أو التخفيف عن عذابه في الجحيم ، كما هو المأمول من لطفه العميم :

وفي جواز التصدق بها على الهاشمي ، بناء على تحريم مطلق الصدقة الواجبة عليــه لا خصوص الزكاة منها ، وعدمه : وجهـان ، بل قولان :

ولعل الأقرب هو الأول ، لأنها من المندوبة على المالك ، وان وجب على من بيده المال دفعه صدقة ، فهو مما يجب دفعه صدقة ، لا من الصدقات الواجبة ، والفرق بينهما واضح .

وأما الثاني - وهو ما لو كان المأخوذ مما علم كونه حلالا بعينه ، فلا اشكال فى حكمه من جواز التصرف فيه ، وإن كان يندب التنزه عنه لأنه موجب لمحبتهم ، فان النفوس مجبولة على حب من أحسن اليها . ولما ورد في الصحيح : « إن أحدكم لا يصيب من دنياهم شيئاً إلا أصابوا من دينه مثله » . ولولا ما قيل من عدم القول بالكراهة لقلنا بها فيه ، وان كان لا ملازمة بينها وبين ترك المندوب ، بل لاشعار الصحيحة بها

مع التسامح في أدلتها وجبلية النفوس،المتقدمة :

وأما الثالث - وهو المشتبه بين كونه من الحلال أو الحرام أو منهما فلا كلام في كونه من الشبهة المحصورة - لو علم في أمواله محرماً - وإن أصر شيخنا في (الجواهر) بخروجه عنها - موضوعاً - وإن أدرجه في الشبهة غير المحصورة بملاحظة كلي الظالم وصنفه من كل ذي مال مختلط حرامه بحلاله كالعشار والسارق والمرابي والمرتشي ومن لم يخرج الحقوق ونحوهم الذي منه الجائر - فان ما في أيدي كل واحد من هؤلاء - وان كان من الشبهة لو اشتبه الحرام منه بالحلال - إلا ان المجموع من حيث المجموع الملحوظ بلحاظ الوحدة صنفاً مخرج لها من المحصورة الى غير المحصورة . وإن كان بالنظر الى آحاد أفرادهم كان من المحصورة حتى صارت غير محصورة ، فيجري عليها حكم عدم الاجتناب .

وفيه - مع لزوم فتح هذا الباب سد باب الشبهة المحصورة - غالباً - أنه - حينئذ - من شبهة الكثير في الكثير المساوي لحكم المتصف بضده في وجوب الاجتناب عنه - على الأقوى - كما تقرر في محله . كما أنه لا كلام أيضاً في خروجه - في الجملة - عن حكم الشبهة المحصورة ، فيجوز تناول ما يعطيه والمعاملة معه عليه إجماعاً بقسميه .

فمن منقوله : ما حكاه جدنا العلامة في (المصابيح) حيث قال : « يجوز أخذ الجوائز من الظالمين والتصرف فيها ما لم يعلم حرمتها - بعينها - بالاجماع والنصوص المستفيضة » انتهى (١) - المعتضد بدعوى غير واحد - ومنهم السيد جدنا في الرياض - عدم الخلاف فيه، مضافاً

---

(١) راجع - كتاب التجارة منه ، مصباح : يجوز أخذ الجوائز من الظالمين : . :

الى النصوص المستفيضة - بل المتواترة معنى ، الصريحة في ذلك (١)

إنما الكلام في خروج المقام عن حكم الشبهة المحصورة مطلقاً ، أو في خصوص ما إذا حصل منهم تصرف خاص كاعطاء وبيع ونحو ذلك: وجهان :

قال شيخنا في (الجواهر) : « إنما الكلام في أن ذلك يقتضي خروج ما في أيديهم وتحت تصرفهم - وان علم اشتماله على محرم - عن حكم الشبهة المحصورة ، فيجوز المقاصة منه والاكل للمارة والتصرف بالفحوى ونحو ذلك حتى يعلم الحرام منه بعينه فيترك أو يختص ذلك بما اذا حصل تصرف خاص منهم كاعطاء وبيع وإذن ونحو ذلك مما يحتمل فيه القصد إلى الحلال ، فلا تجوز المقاصة وأضرابها ، ويجوز الأخذ مع مقارنة أحد تلك الأفعال المحمولة على الصحة شرعاً - من غير فرق بين ما كان في صندوق فيه غصب ، أو ليس كذلك،أو دار أو غيرها ما لم يعلم إقدامه على المشتبه المحصور عنده : احتمالان . ظاهر الاستاد في شرحه : الثاني منها : قال : ولو لم يعلم كونها - أي الجوائز - غصباً ، جاز أخذها من الجائر مطلقاً ، للاجماع والأخبار ، ومن غيره ما لم يعلم إقدامه على المشتبه المحصور ، لقضاء اليد وإصالة الصحة ، فيجوز الأخذ - حينئذ - وإن جاء بها من دار أو دكان أو صندوق فيـه غصب ، أو اشار الى معين من جملة كذلك ، ولا يعلم حصوله في المدفوع والمعين إلا أن التجنب مع الانحصار من شيم الأبرار ، وتختلف مراتب الرجحان باختلافه ، ولو أشار الى مبهم قوي المنع كالأخذ للمقاصة والاكل للمارة - او جاز -

(١) راجع هذا الموضوع في كتاب التجارة منه - في شرح قول المحقق : السادسة : جوائز السلطان الظالم محرمة إن علمت حرمتها بعينها ، وإلا فهي حلال . . .

وللدخول تحت رفع الجناح إلا بعلاج ، عملا بالأصل في غير محل النص . والظاهر إرادته من الاطلاق في الجائر بالنسبة إلى كونه سلطاناً أو عاملا أو عشاراً ، لا أن المراد ـ وان علم إقدامه على المشتبه المحصور حتى يكون الاشتراط في كلامه مختصاً بغير الجائر ، بل الظاهر تعميمه لهما ، كما يقضي به التأمل لتمام كلامه .

ويمكن أن يريد اختصاص الجائر بهذا الحكم ، وهو جواز التناول منه ، وإن علم إقدامه على المشتبه المحصور ، كما هو مقتضى حال الجائر للنصوص ، وغيرها مما ستعرفه . وعلى كل حال ، فوجهه : ما أشار اليه :

ويحتمل الأول ، بل ربما أوهمه التقييد بالعين في المتن ، والنافع ، ومحكي نهاية الأحكام والدروس والكفاية ومعقد اجماع المصابيح » انتهى كلامه رفع في الخلد مقامه (١)

وقال في (المسالك ـ في شرح قوله : جوائز الظالم : : الخ) : « التقييد بالعين إشارة الى جواز أخذها . وان علم ان في ماله مظالم كما

---

(١) راجع منه : كتاب المتاجر في شرح قول المحقق : المسألة السادسة ـ جوائز الجائر . . .

والنصوص المشار اليها في هذا الموضوع كثيرة ، منها ـ صحيح أبي ولاد : « قلت لأبي عبد الله (ع) : ما ترى في الرجل يلي أعمال السلطان ليس له مكسب إلا من أعمالهم، وأنا أمر به وأنزل عليه فيعطيني ويحسن إلي ، وربما أمر لي بالدراهم والكسوة ـ وقد ضاق صدري من ذلك؟ فقال لي : «خذ وكل لك المهنا وعليه الوزر» ؛

وصحيح محمد بن مسلم وزرارة : قال : « سمعناه يقول : جوائز السلطان ليس بها بأس » وغيرهما كثير :

هو مقتضى حال الظالم ، ولا يكون حكمه حكم المال المختلط فى وجوب اجتناب الجميع للنص على ذلك » انتهى (١)

قلت : لم أجد وجهاً لتخصيص القاعدة في حكم الشبهة المحصورة من وجوب الاجتناب عن أطرافها ، بعد تنجز الخطاب بالاجتناب عن الحرام منها المشروط بابتلاء المكلف بجميع أطرافها بما يعطيه الجائر وغيره من الجوائز وغيرها ، بعد أن كان غير الجائزة من أمواله ـ مثلا ـ خارجاً عن ابتلاء المجاز، فلا يكون التكليف بالحرام ـ على تقدير أن يكون غيرها منجزاً في حقه ـ حتى يجب الاجتناب عن المشتبه به من باب المقدمة ، فالقاعدة لا تقتضي الاجتناب عنه بعد اختصاص الابتلاء به ، وإن كان من الشبهة المحصورة لانتفاء شرط جريان حكمها فيه ، وهو الابتلاء بجميع أطرافها المفروض عدمه ـ هنا ـ :

نعم ، لوفرض الابتلاء بأطرافها ، كما لو أراد المقاصة من أمواله ، أو أكل المارة حيث جاز دخوله تحت رفع الجناح في قوله تعالى « ليس عليكم جناح أن تأكلوا . . . » الآية (٢) ، أو فيما لو أشار المجيز الى غير معين من أمواله المشتملة على الغصب الموضوعة في صندوق أو قبة ونحوها أو الى مبهم من كيس أو صرة من الصرر المتعددة المشتبه حلالها بحرامها

---

(١) راجع: كتاب التجارة منه، مسائل ... السادسة ـ جوائز الجائر إن علمت بعينها فهي حرام . . .

(٢) سورة النور آية ٦١ . وتمام الآية : ليس على الأعمى حرج ولا على الأعرج حرج ولا على المريض حرج، ولا على أنفسكم أن تأكلوا من بيوتكم أو بيوت آبائكم أو بيوت امهاتكم أو بيوت اخوانكم أو بيوت أخواتكم أو بيوت أعمامكم أو بيوت عماتكم أو بيوت أخوالكم أو بيوت خالاتكم أو ما ملكتم مفاتحه أو صديقكم ، ليس عليكم جناح أن تأكلوا جميعاً أو اشتاتاً ،

وجب الاجتناب عنها بالكلية وحرم أخذ شيء منها ، ولم يعلم ورود دليل على الجواز في أمثال المقام بعد أن كانت النصوص في حل جوائز الجائر وصحة معاملاته واردة فيما خص الابتلاء به من أمواله ، لا مطلقاً .

هذا ، والوجه هو ما ذكرناه ، لا ما ذكره مشايخنا من الوجه المتقدم ذكره في كلامهم : من حمل الفعل على الصحة ، ومنه يظهر جواز الأخذ منه ولو علم الاقدام منه على المشتبه عنده ، خلافاً لما تقدم من مشايخنا من اشتراطه بما لم يكن الاقدام كذلك ، ضرورة وضوح الفرق بين المدركين : ما هو المدرك عندنا،وما هو المدرك عندهم .

وإنما يتجه اعتبار ذلك بناء على الثاني دون الأول .

ثم إن مقتضى إطلاق النصوص والفتاوى عدم الفرق في الحكم المذكور بين ما علم ثبوت مال حلال للظالم أو لا ، وان كان ربما يوهم اعتبار ذلك فيه بعض الأخبار ، مثل ما عن (الاحتجاج) : « عن الحميري : أنه كتب إلى صاحب الزمان - عجل الله فرجه - يسأله عن الرجل يكون من وكلاء الوقف مستحلا لما في يده ولا يتورع عن أخذ ماله ، ربما نزلت في قربة ، وهو فيها ، أو أدخل منزله - وقد حضر طعامه - فيدعوني اليه ، فان لم آكل من طعامه - عاداني ، فهل يجوز لي أن آكل من طعامه واتصدق بصدقة ، وكم مقدار الصدقة ؟ وإن أهدى إلي هذا الوكيل ، فيدعوني إلى أن أنال منها ، وأنا أعلم أن الوكيل لا يتورع عن أخذ ماني يده ، فهل عليّ شيء ان أنا نلت منها ؟ الجواب: إن كان لهذا الرجل مال أو معاش غير ما في يده فكل طعامه ، واقبل بره ، وإلا فلا » (١) :

(١) الحديث مفصل يذكره الطبرسي في (الاحتجاج) ج٢ ص ٣٠٦ طبع النجف الاشرف .

إلا أنه ـ لقصوره وعدم مقاومته لما تقدم (١) ـ محمول على ما لو حصل منه العلم بالحرمة .

هذا ، ولكن يستحب التنزه عن نحو هذه الأموال ،بل يكره تناولها بلا خلاف أجده فيه :

مضافاً الى جبلية النفوس على حب من أحسن اليها ، وإلى النصوص المستفيضة ، نحو قوله : « دع ما يريبك الى ما لا يريبك» (٢) وقوله في الصحيح المتقدم : « ان أحدكم لا يصيب من دنياهم ::: » وفي الخبر : عن الورع عن الناس فقال : « الذي يتورع عن محارم الله عز وجل ويتجنب هؤلاء ، واذا لم يتق الشبهات وقع في الحرام وهو لا يعرفه » وقوله : « من ترك الشبهات نجا من الهلكات » الى غير ذلك (٣)

إلا أن الكراهة ترتفع بأمور :

منها ـ إخباره بالحلية أو بما يفيدها كقوله : هو من مال تجارتي ـ كما ادعاه غير واحد من الأصحاب . بل في الرياض : « نفى الريب عنه حينئذ » (٣) : والوجه فيه : هو ما دل على قبول قول ذي اليد . والأولى تقييده بما اذا كان مأموناً في قوله ، وإلا كان قوله كيده .

ومنها ـ إخراج الخمس منه ، لفحوى ما دل على تطهيره المختلط

(١) من الأخبار المجوزة . راجع عنها ص٣٠٥ـ٣٠٨من هذا الكتاب .

(٢) راجع : كشف الخفاء للعجلوني: ج٢ رقم الحديث(١٣٠٧) .

(٣) من أمثال هذه الأخبار الدالة على التورع والحيطة ، يذكرها الشيخ الانصاري وعامة الفقهاء في (المكاسب المحرمة : باب جوائز السلطان وعماله) : ويذكر قسماً منها الكليني في باب عمل السلطان وجوائزهم :

(٤) راجع منه . كتاب التجارة ، المكاسب المحرمة ، باب جوائز السلطان في شرح قول مصنفه : جوائز السلطان الظالم محرمة ان علمت حرمتها بعينها ، وإلا فهي حلال . : :

بالحرام يقيناً ، وقد تمسك بالأولوية المزبورة جماعة ، منهم العلامة في (المنتهى) وجدنا بحر العلوم في (المصابيح) (١) وجدنا السيد في (الرياض) (٢) .

قيل : ويمكن الخدشة في أصل الاستدلال بأن الخمس إنما يطهر المختلط بالحرام حيث أن بعضه حرام وبعضه حلال ، فكأن الشارع جعل الخمس بدل ما فيه من الحرام ، فمعنى تطهيره تخليصه باخراج الخمس مما فيه من الحرام ، فكان المقدار الحلال طاهراً فى نفسه الا أنه قد تلوث بسبب الاختلاط مع الحرام بحكم الحرام ، وهو وجوب الاجتناب فاخراج الخمس مطهر له عن هذه القذرة العرضية . وأما المال المحتمل لكونه بنفسه حراماً وقذراً ذاتياً ، فلا معنى لتطهيره باخراج خمسه ، بل المناسب لحكم الأصل - حيث جعل الاختلاط قذرة عرضية - كون الحرام قذر العين ، ولازمه : أن المال المحتمل الحرمة غير قابل للتطهير ، فلابد من الاجتناب عنه . انتهى :

وهو حسن ، غير أنه منقوض عليه فى المختلط بالحرام يقيناً بما لو كان مقدار الحرام في الواقع اكثر من الخمس المدفوع منه ، فان الزائد عليه - حينئذ - من قذر العين المفروض تطهيره بدفع بعضه :

فالأحسن : التمسك بالأولوية ، سيما مع كون الاحتمال في المشتبه ثلاثياً مردداً بين كونه حلالا أو حراماً أو مشتملا عليهما .

بل ، وأولى منه : التمسك بها فيما لو كان ثنائياً مردداً بين الأول

---

(١) ذكر ذلك في كتاب التجارة ، مصباح : يجوز أخذ الجوائز من الظالمين : : :

(٢) ذكر ذلك في كتاب التجارة - فى شرح قول المحقق : جوائز الظالم محرمة . . .

والثالث ، فافهمه .

ويدل على نفي الكراهة به من النصوص : الموثق المسؤول فيه عن عمل السلطان يخرج فيه الرجل ؟ قال عليه السلام : « لا إلا أن لا يقدر فان فعل ، فصار في يده شيء فليبعث بخمسه الى أهل البيت » (١)

فان موردها ـوان كان ما يقع في يده بازاء العملـ إلا أن الظاهر عدم الفرق بينه وبين ما يقع في اليد على وجه الجائزة .

ومنها ـ ما لو قصد بذلك مواساة الاخوان وصرفها في حوائجهم ، بل في مطلق المصالح التي تكون في نظر الشارع أرجح من الاجتناب عنه كما ورد عن الامام الكاظم (ع) ـ فيما أهدي اليه من قوله : « لولا أني أرى من أزوجه من عزاب آل أبي طالب لئـلا ينقطع نسله ما قبلته » (٢).

وعلى ذلك ينزل ما ورد من قبولهم عليهم السلام لجوائز الأمويين والعباسيين ، أو على الضرورة ، أو بيان الجواز ، أو على كونه تخليصاً لأموالهم المغصوبة ، أو غير ذلك من الوجوه التي هم أعرف بها ـ صلوات الله وسلامه عليهم أجمعين ـ .

---

(١) ذكره (الرياض ج١) المصدر نفسه .

(٢) يذكره الشيخ الانصاري في (مكاسبه المحرمة باب جوائز السلطان) وعامة الفقهاء في نفس الباب .

خاتمة في الاراضى المندرسة

وهي التي خربت بعد أن كانت معمورة مملوكة لمالكها ، فلا تخلو إما أن يكون المالك قد ملكها بغير الاحياء من الاسباب المملكة والنواقل الشرعية ، ولو بالاغتنام كالمفتوحة عنوة ، أو ملكها بالاحياء :

فان كان الأول - فالذي يظهر من عبارة غير واحد من الأصحاب التسالم فيه على بقاء الملكية ، وعدم زوالها بالخراب : بل في (الجواهر) عن التذكرة : دعوى عدم الخلاف فيه . بل عنه في (المسالك) و (الروضة) : نقل الاجماع عليه (١) :

قال في (الروضة) : « ولو جرى عليه ملك مسلم معروف فهو له ولوارثه بعده كغيره من الاملاك ، ولا ينتقل عنه بصيرورته مواتاً مطلقاً لاصالة بقاء الملك ، وخروجه يحتاج الى سبب ناقل ، وهو محصور وليس منه الخراب : وقيل : يملكه المحيي بعد صيرورتها مواتاً ، ويبطل حق السابق - الى أن قال - : وهذا هو الأقوى : وموضع الخلاف ما إذا كان السابق قد ملكها بالإحياء ، فلو كان قد ملكها بالشراء ونحوه لم يزل ملكه عنها اجماعاً - على ما نقله العلامة في التذكرة عن جميع أهل العلم ... » انتهى (٢) :

وقال في (المسالك) : « إذا جرى على الارض ملك مسلم معروف ومن في حكمه ، فما دامت عامرة فهي له ولورثته بعده ، وإن ترك

---

(١) راجع ذلك - مفصلا - في خاتمة كتاب الجهاد منه - فى شرح قول المحقق : كل أرض موات سبق اليها سابق فأحياها كان أحق بها .

(٢) شرح اللمعة للشهيدين ، أوائل كتاب (إحياء الموات) :

الانتفاع بها أصلا - اجماعاً - فان خربت ، فان كان انتقالها اليه بالقهر والغلبة كالمفتوح عنوة بالنسبة الى المسلمين أو بالشراء أو العطية ونحوها ، لم يزل ملكه عنها -أيضاً-اجماعاً، على مانقله في (التذكرة) عن جميع أهل العلم ، وان ملكها بالإحياء ثم تركها حتى عادت مواتاً ، فعند المصنف - وقبله الشيخ وجماعة - أن الحكم كذلك - ثم استدل عليه بأدلة - الى أن قال - : وذهب جماعة - منهم العلامة في بعض فتاوى كتبه ، ومال اليه في التذكرة - الى صحة إحيائها وكون الثاني أحق بها من الأول ، ثم استدل على هذا القول بأدلة - ثم قال بعدها - : وهذا القول قوي لدلالة الروايات الصحيحة عليه » انتهى (١) .

وفيما حضرني من نسخ (التذكرة) ما هذا لفظه : « لو لم تكن الأرض التي في بلاد الاسلام معمورة في الحال ، ولكنها كانت قبل ذلك معمورة جرى عليها ملك مسلم،فلا يخلو : إما أن يكون المالك معيناً أو غير معين . فان كان معيناً، فاما أن ينتقل اليه بالشراء أو العطية وشبهها أو بالإحياء ، فان ملكها بالشراء وشبهه لم تملك بالاحياء ، قال ابن عبدالبر: أجمع العلماء على أن ما عرف بملك مالك غير منقطع أنه لا يجوز إحياؤه لأحد غير أربابه » انتهى .

وليس فيه دعوى عدم الخلاف ، كما حكاه عنه في الجواهر ، ولو سلم ذلك فليس بصريح في الاجماع ، وصريحه منقول عن ابن عبد البر ، ولا نعرفه ، ولعله من العامة . فان تم في المقام اجماع ، وإلا فللمناقشة فيه مجال :

وأما الثاني ، وهو ما كانت مملوكة بالإحيـاء ، فاختلفت كلمات الأصحاب فيه على قولين بل أقوال . وصريح الروضة ، وظاهر المسالك ، وغيره - كما تقدم - حصر الخلاف بينهم في هذه الصورة . ولا أرى

(١) راجع هذا الموضوع-مفصلا- في أوائل كتاب إحياء الموات من المسالك.

وجهاً للتفصيل بين الملكية الحاصلة بغير سبب الإحياء من النواقل الشرعية وبين الحاصلة بالإحياء وحصر موضع الخلاف في الثاني دون الأول ، إلا التشبث بذيل الأخبار تعبداً ان تم ، وهو غير معلوم كما ستعرف . كيف والنواقل الشرعية لا توجب إلا نقل ما كان للمنتقل عنه إلى المنتقل اليه.

فان كانت الملكية الحاصلة للاول ملكيـــة في الجملة وما دامت العمارة موجودة كالملكية بالإحياء ـ بناء عليه فيه ـ انتقلت كذلك الى من انتقلت اليه :

وان كانت الملكية دائمة ، فتنتقل كذلك ، فالعقود ونحوها من النواقل تنقل ما كان للاول الى الثاني ، إن دائماً فدائماً ، وان كان في الجملة ففي الجملة ، من غير فرق بين وجود الواسطة وعدمها وتعددها وعدمه ، والأغلب ـ بل الغالب ـ تنتهي سلسلة المملوكات صعوداً الى المملوكة بالاحياء ، وتتدرج الكيفية الحاصلة ـ اولا ـ في التنزل بالسلسلة الطولية بعينها الى حصول الخراب من دون زيادة في كيفية الملكية .اللهم إلا أن يكون منشأ الخلاف في المملوكة بالإحياء هو الاختلاف في كيفية سببية الإحياء في الموات المملوكة للامام بالنقل ، وأنه هل يوجب الملكية ـ كما هو الظاهر من اللام في عموم « من أحيى أرضاً ميتة :... »ـ(١) وكونه سبباً تاماً للملك ، بناء على سقوط إذن الامام فى زمن الغيبة أو تحقق المستفاد من تلك العمومات ، أو لا يوجب إلا الأحقية ، بناء على كون اللام للاختصاص ، وان قلنا بمجازيته ، لقرينة ما دل من الروايات على دفع خراجه للامام (ع) من أهل بيته وانتزاعها من أيديهم عند ظهوره ـ عجل الله فرجه ـ الا ما كان في أيدي شيعتهم فيقاطعهم عليه (٢) وإلا

(١) راجع هذا الحديث فيما مضى من هذا الكتاب ص٢٧١

(٢) راجع عنها مامر من الكتاب ص٢٦٦،٢٦٨،٢٧٤

فلا معنى لانتزاع المملوك من يد مالكه . وحيث قلنا بمفاد الأحقية دون الملكية ، فمقتضى أخبار التحليل للشيعة فيما هو لهم حق فى التصرفات المتوقفة على الملك : هو اما دخوله آناماً فى ملكه عند ارادته ذلك ، أو كونه من الفضولي المتحقق معه الاجازة من المالك - كما تقدمت الاشارة اليه - وعلى التقديرين يملكه المنتقل اليه بأحد النواقل الشرعية ملكية تامة ، وان كان الانتقال من المحيي نفسه ، وقلنا له بالأحقية دون الملكية لأحد الأمرين المتقدمين : وحيث تم في أول مرتبة السلسلة تم في جميع مراتبها الطولية نزولا ، بخلاف ما لو خربت عند المحيي نفسه غير الثابت له الا الاحقية التي تزول بزوال مناطها وهو الإحياء .

وبالجملة ، فالقول بزوال حق الأول على ثبوت الأحقية له بالإحياء دون الملكية : وعليه يتجه ما عليه أكثر أهل القول الثاني من أنها للثانى من دون شيء عليه من الطسق للاول ، فافهم :

وكيف كان فقد ذهب الى القول ببقاء الملكية وعدم زوالها بالموت جماعة ، منهم : الشيخ فى (المبسوط) وصاحب المهذب ، والسرائر ، والجامع ، والتحرير ، والدورس ، وجامع المقاصد - وغيرهم - على ما حكي عنهم - بل عن الأول : نفي الخلاف في أن غامر بلاد الشرك إذا كان لمعين لا يملك بالإحياء : وهو باطلاق يشمل محل البحث مما كان مملوكاً بالإحياء . مضافاً الى تصريحه بعدم الفرق بين بلاد الشرك والاسلام باكثر من أن الغامر في بلاد الاسلام لا يملك بالقهر والغلبة والغامر في بلاد الشرك يملك بالقهر والغلبة . بل قيل - كما في الجواهر - : إن لم يعرف الخلاف في ذلك قبل الفاضل في (التذكرة) .

وعلى كل حال : حجتهم على ذلك : عموم قوله (ص) : « من

أحي أرضاً ميتة فهي له » وقوله : « ليس لعرق ظالم حق »(١) بالتنوين أو بالاضافة بناء على ما عن هشام بن عروة في تفسيره : أن يأتي الرجل الأرض الميتة لغيره فيغرس فيها .

وخبر سليمان بن خالد - وفيه - : « أنه سئل الصادق (ع) عن الرجل يأتي الأرض الخربة ، فيستخرجها ويجري أنهارها ويعمرها ويزرعها ، فماذا عليه ؟ قال : الصدقة ، قلت : وان كان يعرف صاحبها ؟ قال : فليؤد اليه حقه »(٢) بناء على ظهوره فى الرقبة دون اجرتها ، مضافاً إلى إصالة بقاء الملك على ما كان عليه ، والى أنها أرض يعرف مالكها فلا تملك بالإحياء كالتي ملكت بشراء أو عطية. وإلى أن الملكية لا تزول إلا بأسباب مخصوصة ، وليس الخراب منها - كذا قيل - :

وفى الكل نظر : أما الأول - فلا يتم إلا بمعونة الأصل الذي ستعرف ما فيه :

وأما الثاني ، فمع أن التفسير ليس ممن قوله حجة علينا ، فسره بأن يأتي الرجل الأرض الميتة لغيره ، وهو - هنا - غير مسلم ، بل هو عين الدعوى :

وأما الثالث - فمعارضة بأخبار أخر لعلها أقوى منه سنداً .

وأما الأصل ، فيخرج عنه بالأخبار الصحيحة الظاهرة في خلافه :

وأما ما يليه من الأدلة ، فمصادرة محضة ، وإن هو إلا عين الدعوى :

وذهب جماعة أخرى ، منهم العلامة في (التذكرة) وثاني الشهيدين

---

(١) هاتان الفقرتان حديث واحد ، ذكره السيوطي في (الجامع الصغير - في مادة من) ومر علينا في هذا الكتاب ص٢٧١

(٢) راجع عنها مامر من هذا الكتاب ص٢٨٥

في (الروضه) والمسالك ، وغيرهم ، بل في (جامع المقاصد) : إنه المشهور ، وان كنا لم نتحققه ـ الى جواز تملك الثاني لها بالإحياء ، لعموم قوله (ص) : « من أحيي أرضاً ميتة فهي له » (١) ولصحيحة محمد بن مسلم عن الباقر عليه السلام قال : « أيما قوم أحيوا شيئاً من الأرض أو عمروها فهم أحق بها وهي لهم » (٢) وغيرها من الأخبار الدالة على تملك المحيي بالإحياء ، ولأن هذه الأرض أصلها مباح ، فاذا تركها حتى عادت إلى ما كانت عليه صارت مباحة ، كما لو أخذ ماء من دجلة ثم رده اليها ولأن العلة في تملك هذه الأرض الإحياء والعمارة ، فاذا زالت العلة زال المعلول وهو الملك ، فاذا أحياها الثاني فقد أوجد سبب الملك فيثبت الملك له ، كما لو التقط شيئا ثم سقط من يده وضاع منه فالتقطه غيره فان الثاني أحق به ـ كذا قيل ـ :

ومقتضاه زوال ملك الأول بالموت وتملك الثاني بالإحيـاء الذي مقتضاه عدم وجوب شيء عليه للاول ـ كما هو ظاهر اكثرهم ـ :

وفيه : إما عمومات الإحياء ، فمع ان اجراءها في الثاني ليس بأولى من إجرائها في الأول ، وأنه من الترجيح بلا مرجح ، بل المرجوح فمقيدة بالمرسل المنجبر وهو : «من أحيي ميتة في غير حق مسلم فهي له» اللهم الا أن ينكر كونه لمسلم ـ والحالة هذه ـ وإنه من المصادرة : وفيه مع أنه مقتضى الأصل يكفي كونه مشكوكاً بناء على كونه شرطاً في صحة الاحياء ـ لا يمكن احرازه في المقام بالأصل :

وأما عودها الى ما كانت عليه ـ أولا ـ من الاباحة ، فهو مصادرة محضة والإحياء الأول علة للملكية التي مقتضاها الدوام الى طرق أحـد

---

(١) مر آنفاً في هذا الكتاب ص ٢٧١

(٢) مر آنفاً ص ٢٤٠ـ٢٤١ و ٢٧١ من هذا الكتاب :

النواقل الشرعية ، فلا تزول بزواله ، وكونه كالماء المأخوذ من دجلة وعوده اليها من القياس الذي لا نقول به ، بل لا ينبغي تدوينه في كتبنا وان ذكره في (التذكرة) جرياً على مذاق الجمهور . مع ان الملقى في دجلة من المأخوذ منه يعد تالفاً وبالالقاء اليها يعد إتلافاً له .

والقياس باللقطة قياس مع الفارق ، فان الأحكام مترتبة على موضوعاتها ضرورة أن اللقطة موضوعها الضالة ، وليس الملتقط الأول بأزيد من المالك الأصلي حتى تكون ضالته غير ضالة الأول .

وبالجملة ، فهذه الأدلة كلها مزيفة واهية جداً . والعمدة في المقام هي النصوص الخاصة التي :

منها — صحيحة معاوية بن وهب قال : « سمعت أبا عبد الله (ع) يقول : أيما رجل أتى خربة بائدة ، فاستخرجها وكرى انهارها وعمرها ، فان عليه فيها الصدقة ، فان كانت أرضاً لرجل قبله فغاب عنها وتركها فأخربها ، ثم جاء — بعد — يطلبها فان الأرض لله ولمن عمرها » (١)

وصحيحة الكابلي ، عن أبي جعفر (ع) قال : « وجدنا في كتاب علي : ان الارض لله يورثها من يشاء من عباده والعاقبة للمتقين ، أنا وأهل بيتي الذين أورثنا الله الأرض ونحن المتقون ، والارض كلها لنا ، فمن أحيى أرضاً ميتة من المسلمين فليعمرها وليؤد خراجها الى الامام (ع) من أهل بيتي ، وله ما اكل منها ، فان تركها أو أخربها فاخذها رجل من المسلمين من بعده فعمرها وأحياها ، فهو أحق بها من الذي تركها ، فليؤد خراجها الى الامام من أهل بيتي ، وله ما أكل منها حتى يظهر القائم عليه السلام من أهل بيتي بالسيف فيحويها ويمنعها ويخرجهم منها كما حواها رسول الله (ص) ومنعها إلا ما كان في أيدي شيعتنا ، فيقاطعهم على

(١) سبق تخريج هذا الحديث وذكره ص ٢٨٣ من هذا الكتاب .

في أيديهم ، ويترك الأرض في أيديهم » (١)

وهذان الخبران - وإن عارضهما خبر سليمان بن خالد المتقدم - (٢) ، إلا ان الجمع بين الأخبار يمكن بأحد وجهين - أو وجوه - :

الأول - ان المعارضة بين خبر سليمان الدال على بقاء الملك للاول والشامل باطلاقه لما لو كانت الارض مملوكة بالإحياء أو بغيره ، وبين صحيحة معاوية الدالة على كونها للثاني المعمر لها ، مع شمول إطلاقها للصورتين - أيضاً - من تعارض المتباينين . غير أن صحيحة الكابلي - لاختصاصها بصورة التملك بالإحياء - أخص مطلقاً من خبر سليمان الموجب لتخصيصه بها حملا للمطلق على المقيد أو العام على الخاص ، وبعد التقييد أو التخصيص تنقلب النسبة بين خبر سليمان وصحيحة معاوية ، ويكون أخص منها كذلك ، لاختصاصه بعد التقييد بصحيحة الكابلي بما لو كانت الأرض مملوكة بغير الإحياء ، فيجب تقييد الصحيحة بخبر سليمان المقيد بخبر الكابلي . فيكون حاصل الجمع بين الأخبار - حينئذ - : أنه إن كانت مملوكة بالإحياء الأول كانت لمن عمرها ثانياً لصحيحة الكابلي مع دلالة صحيحة معاوية عليه بعد تقييدها بخبر سليمان ، وان كانت مملوكة بغير الإحياء كانت للاول لخبر سليمان المنزل عليه بالخصوص بعد تقييده بصحيحة الكابلي . وعليه ، فتكون الأرض لمن عمرها ثانياً ، ولا شيء عليه لزوال ملك الأول عنها فيما لو كان ملكها بالإحياء .

ويضعف - مضافاً الى لزومه الترتيب في طريق الجمع الذي فيه كلام موكول الى محله - : أن تقييد خبر سليمان بصحيحة الكابلي فرع ظهورها في ملكية الثاني ، وهو ممنوع ، إذ ليس فيه إلا أن الثاني أحق

---

(١) مر عليك ذكر هذا الحديث ص٢٦٨ من هذا الكتاب .

(٢) راجع : ص ٣٤٢ من هذا الكتاب .

من الاول الذي تركها ، وهو أعم من الملكية ، والعام لا يـدل على خصوص الخاص . ولو سلم الظهور في الملك بدعوى كونه هو المتبادر من إطلاق الأحقية ، لأن الأحقية المطلقة يتبادر منها الملك ، فانما هو تبادر إطلاقي . وحينئذ يدور الأمر بين تقييد أحد الاطلاقين : إطلاق خبر سليمان واطلاق الصحيحة ، وترجيح تقييد الأول على الثاني ترجيح بلا مرجح : ومع التنزل - وتسليم كون التبادر وضعياً لا إطلاقياً وأن إرادة غير الملك من الأحقية إرادة للمعنى المجازي فيدور الأمر - حينئذ - بين التقييد والمجاز والتقييد أولى ، كما تقرر في محله - فهو مسلم ما لم يستلزم التقييد حمل المطلق على الأفراد النادرة ، وإلا فالمجاز حينئذ - ولا سيما الشائع منه - أولى من التقييـد ، وهو - هنا - كذلك ، لأن تقييد خبر سليمان بالصحيحة يوجب تقييده لاطلاق صحيحة معاوية المنزل - حينئذ - على الفرد النادر ، وهو المملوك بالإحياء ، فان الغالب - ولا سيما في البلاد المعمورة - حصول الملك لغيره من الأسباب المملكة كالشراء والعطيـة ونحوهما من النواقل الشرعية ، فتأمل :

الوجه الثاني : هو أن يجمع بينهما بحمـل اللام من قوله (ولمن عمرها) في صحيحة معاوية بن وهب على مجرد الاختصاص دون الملكية بقرينة ظهور (فليؤد اليه حقه) في خبر سليمان في بقاء الملك للاول على كل من تفسيري الحق فيه : بالرقبة أو أجرتها ، إذ لا معنى لاستحقاق الأجرة مع عدم ملك الرقبة ، مضافاً إلى ظهور التعبير عنه بصاحبها فيه ، ودعوى إشعار الأحقية به في صحيحة الكابلي . وعليه فتكون الأرض ملكاً للاول ، وللمعمر الثاني الأحقية بها وأولوية التصرف فيها وعليه دفع أجرتها للاول : وحينئذ ففي جواز الاقدام على الإحياء - مطلقاً - لإطلاق النصوص وظاهر فتاواهم ، أو مشرطاً باذنه أو إذن الحاكم ، ومع عدمهما

فيجوز حسبة للجمع بينهما وبين ما يقتضي بقاء الملكية من القواعد الشرعية - كما عن بعض - : وجهان : ولا ريب أن الثاني هو الأحوط ، إن لم يكن هو الأقوى .

هذا كله بناء على أن الإحياء من الأول موجب للملكية اما دائمة أو مقيدة - بما دامت العمارة باقية . ويحتمل - قوياً عندي كما تقدم (١)، بل هو الأقوى - : إن الاحياء في الموات التي هي للامام عليه السلام لا يكون سبباً لملك المحيي وخروج الرقبة عن ملك الامام ، ولا يوجب إلا أحقية المحيي بها وأولويته من غيره بالتصرف فيها فتكون اللام في عمومات الاحياء لمجرد الاختصاص - بقرينة ما دل على دفع خراجها للامام (ع) في صحيحة الكابلي - وان كنا لا نقول به في زمان الغيبة لأخبار الاباحة والتحليل للشيعة المستفاد منها كونها لهم بلا اجرة عليهم ، ووجوبها بعد ظهوره - عجل الله فرجه - إلا ما كانت في أيدي شيعتهم ، فيقاطعهم عليها (٢) . ولو كانت مملوكة لمن أحياها من غيرهم ، أشكل الحكم بانتزاعها من أيديهم بعد أن كانت مملوكة لهم لمخالفته لمقتضى قواعد الملكية ، وليس إلا لبقائها على ملك الامام .

وأما خبر سليمان بن خالد الدال على الملك ودوام الملكية ، فمحمول على ما لو كانت مملوكة بغير الاحياء من أسباب الملك ، وان انتهت سلسلتها بالصعود الى الاحياء غير المملك للمحيي ، لما عرفناك - مكرراً - ان الاباحة منهم لشيعتهم جميع التصرفات حتى المتوقفة على الملك، مستلزمة اما لدخوله آناماً في ملكه عند ارادة التصرف الخاص أو يكون من

---

(١) راجع هذا الموضوع في ص ٣٤٠ - ٣٤١ من هذا الكتاب .

(٢) هذا هو مضمون أخبار التحليل كخبر عمر بن يزيد وغيره ، راجع : ص ٢٢٥ من هذا الكتاب .

الفضولي المتحقق معه الاجازة من المالك ، فتخرج الرقبة - حينئذ - عن ملك الامام عليه السلام وبملكها من انتقلت اليه ، كما لو اشتراه من الامام (ع) نفسه :

ومنه يعلم : أنه لا وجه لالحاق الانتقال بالارث من المحيي لسائر النواقل الشرعية منه كالشراء والعطية وغيرهما - كما وقع من شيخنا في (الجواهر) تبعاً للرياض وجامع المقاصد ، بل لو خربت عند من ورثها من المحيي - ولو بوسائط متعدده بالارث - كان حكمه حكم ما لو خربت عند المحيي لنفسه من وقوع الخلاف المتقدم فيه .

وبالجملة ، المملوكة بالارث من المحيي كالمملوكة بالاحياء في وقوع الخلاف فيه ، ضرورة ان الارث لا يوجب انتقال ما كان للموروث من الملك أو الحق الى الوارث ، وليس كالنواقل الشرعية المتوقفة على تحقق عنوان الملك :

وكيف كان ، فعلى ما قويناه ، لا اشكال في جواز الاقدام على تعميره ، ويكون من عمرها أحق بها من غيره لزوال أحقيـة الأول بزوال مناطها :

ثم ليعلم أنه لا منافاة - كما ربما يتوهم - بين كلامهم هنـا ، وتسالمهم في المملوكة بغير الاحياء على عدم جواز مزاحمة المالك والتصرف في ملكه بغير اذنه،وبين كلامهم في المسألة المتقدمة في المقالة الثالثة : من ذهاب المشهور ، حتى قيل : ان القول بخلافه متروك : من أن ملاك الأرض لهم التصرف فيها ما داموا قائمين بعمارتها ، فاذا أهملوها حتى خربت أخذها الامام (ع) أو نائبه ، وقبلها من غيرهم ليعمروها ، ودفع طسقها اليهم .

لأن كلامهم - هناك - في ما لو كان الاهمال منبعثاً عن عجز المالك أو تعذره أو نحو ذلك مما يعد معه ابقاء للارض على العطلة لخصوص الأخبار المتقدمة الدالة عليه ، ولكونـه من التضييع المحرم . ولذا قلنا فيه بوجوب الاقتصار على القدر المتيقن المتبادر من النصوص بمخالفتها للقواعد الأولية .

وبالجملة - وجوب اخراج الارض عن العطلة - ولو بمزاحمة المالك لو امتنع عنه مسألة ، وجواز مزاحمته في ملكه بمجرد الخراب مسألة أخرى وبينهما فرق واضح وبون بعيد ، فافهم .

هذا تمام الكلام في حكم ما لو كان السبب معلوماً .

وأما لو كان مشكوكاً دائراً بين سببية الاحياء وغيره ، فحكمه - على القول باتحاد حكم الصورتين - واضح ، وعلى القول بعدمه وزوال الملكية بالخراب فيما لو كان مملوكاً بالاحياء ، فقد يتوهم إلحاقه به تمسكاً بعموم دليل الاحياء بالنسبة إلى الثاني بعد عدم إمكان تعيين السبب بالأصل لكونه معارضاً بالمثل ، فيبقى عموم : « من أحيى » بالنسبة الى المعمر الثاني سليما عن المعارض :

إلا أنه فيه - مع أن عموم الاحياء أو مطلقاته بعد تقييدها بما لم يكن في حق مسلم بحكم المرسلة المتقدمة المنجبرة (١) وثبوت تنويع أفراد العام ودوران أمر المشكوك - حينئذ بين كونه مندرجاً في العام أو الخاص مع كونه من الشبهة في المصداق ولا يجوز التمسك بالعمومات في الشبهات المصداقية - :

أنه يمكن اجراء استصحاب كلي الملك المردد بين فردين : أحدهما

---

(١) راجع عنها : ص ٢٤٣ من هذا الكتاب .

معلوم البقاء والآخر معلوم العدم الموجب لدخوله في الموات التي تعلق بها حق مسلم ، فيندرج ـ حينئذ في الخاص المعلوم فيه حكمه من عدم جواز الاقدام على احيائه وعدم التملك به لو أحياه . فبالاستصحاب يدخل في موضوع الخاص او المقيد الذي هو من الدليل الاجتهادي الخاص ، فهو من تخصيص العام بالدليل الاجتهادي الثابت موضوعه بالاستصحاب ، لا من التخصيص بالأصل والاستصحاب ، كما ربما يتوهم :

وأما بناء على ثبوت الأحقية دون الملكية بالاحياء وبقاء الرقبة على ملك الامام (ع) ما لم يطرأ عليه أحد النواقل الشرعية ، فرجع الشك ـ حينئذ ـ إلى الشك في خروجها عن ملك الامام بأحد النواقل ولو من المحيي وعدمه ، والأصل بقاؤها على ملكه ، فيجوز الاقدام على تعميرها وإحيائها ويكون المحيي أحق بها من غيره ، وأولى بالتصرف من دون شيء عليه من الطسق للاول ، لزوال أحقيته بزوال مناطها ، فافهم واغتنم :

تلخيص لما تقدم من الكلام في الاراضي المندرسة :

وهو : ان الموات منها : إما أن لا يكون له مالك معروف ـ سواء لم يكن له مالك أصلا لانقراضه وانقطاعه ، أو كان مجهولا لا يمكن تشخصيه ولو في محصور ـ وهذه كلها للامام (ع) كالموات بالاصالة يجوز إحياؤها مطلقاً وللمسلمين خاصة ـ على الخلاف ـ مشروطاً باذن الامام (ع) مطلقاً ، أو في زمان الحضور خاصة ـ على الخلاف أيضا ـ يملكه المحيي بالاحياء : أو يكون به أحق من غيره وأولى بالتصرف فيه مع بقاء الرقبة على ما كانت عليه من ملك الامام ـ على ما تقدم من الخلاف ايضا ـ .

وإما أن يكون له مالك معروف . وهو : اما أن يكون قد ملكها بغير الاحياء من الأسباب المملكة شرعاً ، أو ملكها بسبب الاحياء ، وعلى التقديرين : اما أن يكون سبب التملك أو الأحقية معلوما أو مشكوكاً .

فها هنا مقامات :

الأول ـ ما علم كونه مملوكا بغير الاحياء ، وحكمه البقاء على الملكية وعدم جواز التصرف فيه بغير إذنه ، مطلقاً ـ على حد غيره من مملوكاته ـ والظاهر انه عندهم مما لا كلام فيه ولا شبهة تعتريه ، إلا اذا كان ذلك منبعثا عن إهماله لعجز أو تعند ، حتى انجرت الى الخراب ، أخذه الامام أو نائبه للعام وجوبا أو جوازاً وقبله من غيره ودفع طسقه الى المالك ـ حسبما تقدم الكلام فيه في المقالة الثالثة ـ

الثاني ـ ما علم كونه مملوكاً بسبب الاحياء ، ففيه الخلاف المتقدم: من جواز احيائه للثاني وتملكه له من دون شيء عليه أو ثبوت الأحقية له كذلك أو مع دفعه الطسق الى الأول مطلقاً ـ أو مشروطاً بعدم اذنه وامتناعه من تعميره أو حرمة التصرف فيه ـ مطلقاً ـ كما لو كانت مملوكة بغير الاحياء . كل ذلك مبني على الخلاف في كون الاحياء سببا للاحقية والملكية . وعلى الملكية ، فهل هي ملكية دائمة مطلقاً ، او ما دامت الحياة باقية فتزول بزوالها ؟ ومنشأ الخلاف في ذلك أيضاً : اختلاف الانظار في مفاد الأخبار ووجوه الجمع بينها حسبما حررناه لك ، وعليك بالترجيح بعد اعطاء التأمل حقه :

وأما الثالث ـ وهو ما لو كان مشكوكاً ولم يعلم كونها مملوكة بالاحياء أو بغيره ، ففي جواز اقدام الثاني على إحيائها ، وعدمه ، وجهان

مبنيان على ما تقدم : من أن الاحياء هل هو سبب للملك أو لا يوجب إلا الأحقية بالتصرف ، وانه على الأول : لا يجوز إحياؤها للثاني لكونها من الموات المتعلق به حق مسلم بحكم استصحاب الكلي الموجب لاندراجه في المرسل المقيد لعمومات إحيـاء الموات . وعلى الثاني : يجوز ذلك لاستصحاب بقاء الرقبة على ملك الامام عليه السلام ، فيكون كالموات بالاصالة ، يجوز لكل أحد إحياؤها ، غير أن المحيي أحق بالتصرف من غيره .

والله العالم بحقائق الامور

بهذه الرسالة ينتهي الجزء الاول ويليه الجزء الثاني وأوله :

رسالة

في أخذ الأجرة على الواجبات

فهرس

محتويات الجزء الاول من الكتاب

رسالة في الفرق بين الحق والحكم

رسالة فى قاعدة ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده

نقوض واشكالات :

رسالة في القبض وحقيقته

اذا لم يكن مكيلا او موزوناً محض النقل ، واما فيها فبالكيل أو الوزن ، ٤ ـ القبض في المنقول : نقله وفي الموزون والمكيل : ذلك أو الكيل أو الوزن ، ٥ ، القبض هو التناول باليد فيما ينقل ويحول ، وأما في العبد فقبضه أن يقيمه ، والبهيمة قبضها أن يمشي بها ، والجزاف قبضه نقله من مكان الى آخر ، والمكيل ، قبضة مكايلته ، ٦ ـ التخلية في غير المنقول وفي الحيوان : نقله ، وفي المكيل والموزون والمعدود : ذلك أو نقله ، وفي الثوب : وضعه في اليد ، ٧ ـ كفاية التخلية في نقل الضمان عن البائع ، لا في زوال المنع عن بيع مالم يقبض ، ٨ ـ إنه الاستيلاء على المقبوض باليد . وأخيراً استظهار المصنف : أن القبض حقيقة واحدة في جميع الموارد ، وهي الاستيلاء والسلطنة العرفية على الشيء :

بقي هنا فروع :

رسالة في قاعدة تلف المبيع قبل القبض

(١٨٢ - ١٨٣) الأمر التاسع - استثنى بعض الأصحاب من قاعدة ضمان البائع تلف المبيع قبل القبض : تلفه ضمن الثلاثة أيام التي يثبت فيها خيار التأخير فحكموا أنه من ضمان المشتري ، وبعد الثلاثة من ضمان البائع

(١٨٤ -) الأمر العاشر - لا يسقط هــذا الضمان عن البائع باسقاط المشتري أو إبرائه .

(١٨٥ - ١٨٨) الحادي عشر - ربما يستثنى من هذه الكلية صور : منها - مالو أسلم عبد الكافر وتلف بعد بيعه وقبل قبضه ، ومنها - ما لو باع العبد ممن يعتق عليه فتلف قبل التسليم . ومنها - مالو باع العبد الآبق مع الضميمة ، فتلف الآبق أو تلفت الضميمة . ومنها - مالو اشترى جارية فأولدها ولما يحصل القبض بالوطء ، فتلفت الجارية أو أبقت قبل القبض ومنها - مالو حصل في العبد المبتاع قبل القبض أحـد أسباب الانعتاق ومنها - مالو جنى المملوك قبل القبض بما يوجب استرقاقه ، ومثله ما لو جنى على نفسه بقتل ، فانه من التلف قبل القبض .

(١٨٨ -) الثاني عشر - لو ضمن الاجنبي للمشتري درك الثمن لو رجع اليه بتلف المبيع قبل قبضه ، فلا يصح ذلك الضمان ان كان قبل تلف المبيع مطلقاً ، ويصح ان وقع الضمان بعد تلف المبيع عند البايع وكان الثمن مقبوضا له :

(١٨٩ -) الثالث عشر - لو وكل على البيع والاقباض ، وفرط الوكيل فتلف المبيع قبل قبضه ، انفسخ العقد ورجع الموكل على الوكيل .

(١٨٩ -) الرابع عشر - لو كان المبيع مقبوضاً للمشتري قبل بيعه ، لم يفتقر الى قبض جديد :

(١٩٠ - ١٩١) الخامس عشر - لو اتحد المقبض والقابض واختلفا

تذييل

رسالة في الأراضي الخراجية

الغيبة أيضاً للمسلمين .

(٢٣٢ -) الامر السابع - لا تخرج الأراضي المفتوحة عنوة عن كونها خراجية بتغلب الكفار عليها .

(٢٣٢ - ٢٣٤) الامر الثامن - المراد بالمعمورة عند الفتح وكونها للمسلمين كونها لهم بعماراتها الكائنة فيها - حينئذ - فيشكل الحكم في ملكية ما يصنع من تلك الأراضي من الآلات والأواني وغير ذلك .

(٢٣٤ - ٢٤٤) الأمر التاسع - يتفرع على ملكية الأرض المفتوحة لعموم المسلمين - عدم جواز التصرف فيها بدون الاذن ، والكلام في مقامين الاول - هل يجوز التصرف والتعمير بدون إذن الامام (ع) أو نائبه ؟ أولا : واختيار توقف التصرف على اذن الامام أو نائبه . الثاني - ذكر الخلاف في جواز بيع الأرض المفتوحة وعدمه ، أو التفصيل بالجواز تبعاً للآثار ، والعدم من دون ذلك . عرض فروع المسألة وأقوالها في المقامين وأدلتها - تفصيلا - .

(٢٤٥ - ٢٤٨) الأمر العاشر - ذكر الخلاف في ثبوت كون الأرض من المفتوحة عنوة أو من العامر في وقتها بغير العلم من مراتب الظن ، وعرض حجية كل من الفريقين واختيار ثبوت ذلك بالظن .

(٢٤٩ - ٢٥٠) الامر الحادي عشر - يجوز للامام (ع) ونائبه إقطاع شيء من أرض (العنوة) لبعض ، ولا تخرج بذلك عن كونها خراجية :

(٢٥٠ - ٢٥٦) الأمر الثاني عشر - ولاية تقبيل الأراضي وتسليطها بيد الامام (ع) في زمن الحضور وبسط اليد ، ومع عدم ذلك - كما في زمن الغيبة - فهل تسقط الولاية من أصلها ، فيجوز التصرف لكل أحد بلا اذن ، أو ثبوتها للنائب العام للامام ؟ قولان في المسألة . تحقيق المسألة مع

جدول التصويب

ص	سطر	خطأ	صواب
٥٣	٣	لحق الشفعة	بحق الشفعة
٥٥	١٨	لمن له	لمن هو له
٦٢	١٥	المشتري	مالك الثمن
٧٦	١٣	بعوض	بعوضه
٨٨	٨	من المستقر	من أن المستقر
٨٩	٩	استفيد	كما استفيد
٩١	٢٢	بابع	تابع
٩٣	١٩	حصة	حصته
٩٥	١٦	غيره	لغيره
٩٦	٦	فسادها	فسادها
٩٦	١٠	علمه	عمله
١٠٣	١٦	واضع	واضح
١١١	١٣	اذا لم	اذ لم
١١١	١٨	عليها	عليها
١١٣	٢٣	يد استيلاء	يد المستأجر
١٢٣	١٠	إن البيع	إن المبيع
١٢٨	٥	بالعروض	بالمعروض
١٤١	١٦	واتخذه المسمى	وأخذه المسمى
١٧٨	٢٠	وباء الخبر	وباء الجر
٢٢٧	١٠	عند	عنه
٢٣١	١٨	إذلان	الاذن
٢٧٣	١٧	أن يثبت	أن يتشبث
٢٨٠	٦	الموجودة	المأخوذة
٢٨٠	١٠	عهدة	عهد
٢٨٦	١٧	مغمورة	معمورة
٢٩٤	١٢	بشيء	شيء
٢٩٦	٧	في إجزاء	في إجراء
٢٩٧	٢١	استجبلت	استأجمت
٢٩٨	١٧	بشيء	شيء
٣٠٢	٦	له إشكال	اشكال
٣٠٤	٤	مرداة	مردافة
٣٠٤	٦	خطر	حصر
٦٠٤	٦	ببعضها	ببضعها
٣٠٧	٢٣	المحتمة	المجتمعة
٣٠٩	٩	المعيلين	المعيلين
٢١٠	١٤	للمولى	للمتولى
٣١٩	١٦	أو المغنى	او المضي
٣٥٢	١٢	الدفع	بالدفع
٣٢٦	٤	العين	الدين
٣٣٣	١٣	دخوله	أو دخوله
٣٤٠	١٧	أو تحقيق	أو تحققه
٣٤١	٢٠	إن	إنه
٣٤١	١٦	فعارضه	في معارضته
٣٤٣	٢١	الى طرق	إلى طرو
٣٤٦	٢٣	أو مشرطاً	أو مشروطاً

مكتبة العلمين العامة

النجف الأشرف

• لا تزال تواصل السير - قدماً - في أداء رسالتها الفكرية : من نشر وتأليف وتحقيق الكتب الاسلامية ، فقد طبع لها - حتى الآن - :

١ - كتاب تلخيص الشافي في الامامة ، تأليف الشيخ الطوسي (قده) وتقديم وتحقيق سماحة العلامة السيد حسين بحر العلوم :

٢ - رجال السيد بحر العلوم - الموسوعة الضخمة - في علم الرجال والحديث والتراجم - تأليف سيد الطائفة السيد بحر العلوم - قدس سره - وتحقيق العلمين : الحجة السيد محمد صادق بحر العلوم والعلامة السيد حسين بحر العلوم :

• لا تزال مستمرة في نشر الكتاب الاسلامي باهدائها الى عامة المؤسسات الثقافية - في مختلف أنحاء العالم المتحضر - حتى قارب سجل إهدائها (١٠٠٠٠ عشرة آلاف كتاب) إلى حين التأريخ :

• لا تزال فاتحة صدرها الرحب (لكل سؤال جواب) فهي تتلقى الاسئلة الاسلامية - من داخل العراق وخارجه - وتجيب عنها برسائل شخصية تطبع بعد حين على شكل (نشرات فصلية) .

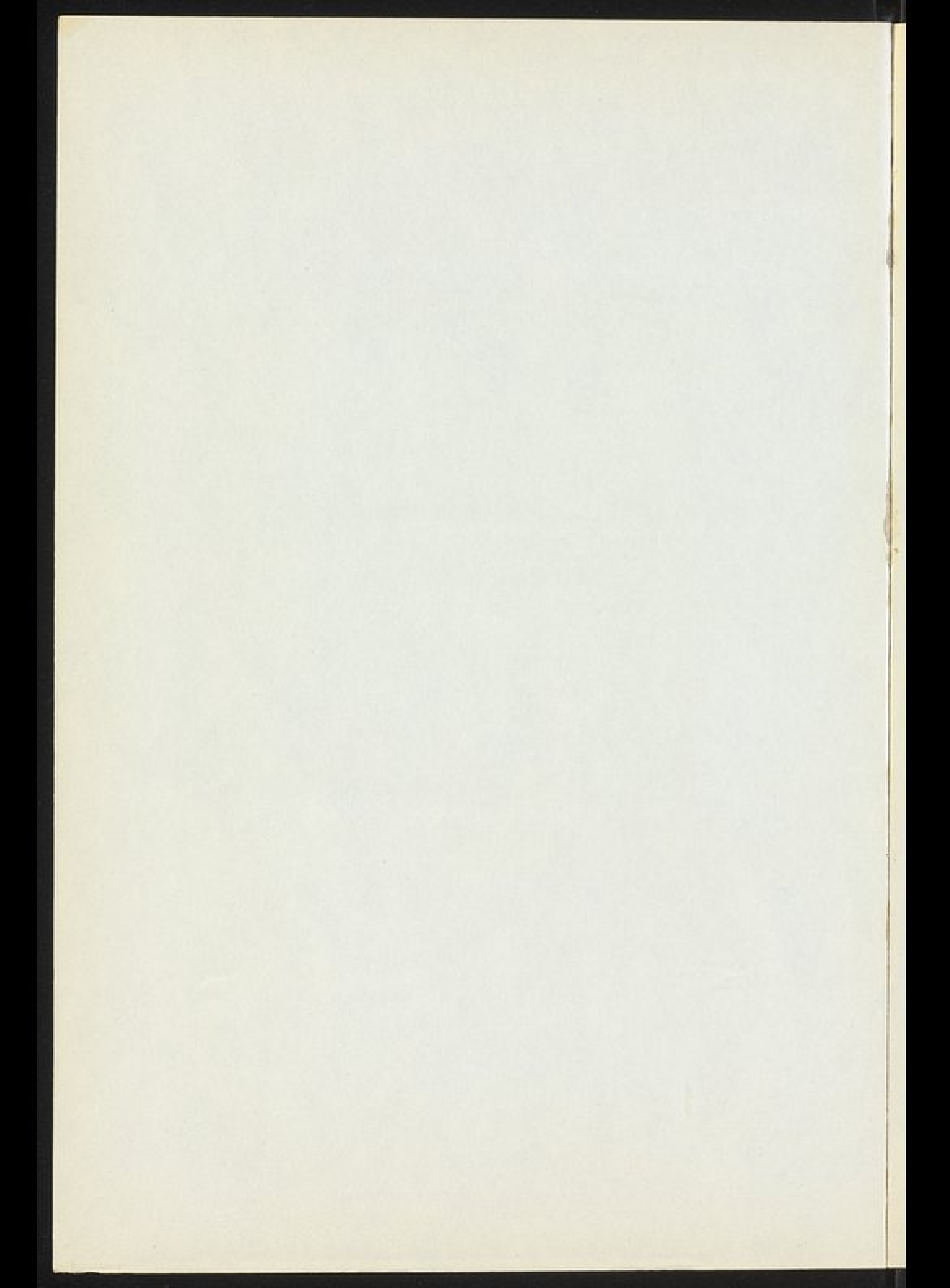
• لا يسعها إلا تثمين الفضل لعامة الذوات الخيرة السخية - بماديتها ومعنوياتها - تجاه مشاريع (المكتبة) التي تنبع من الواقع الاسلامي وتصب فيه :

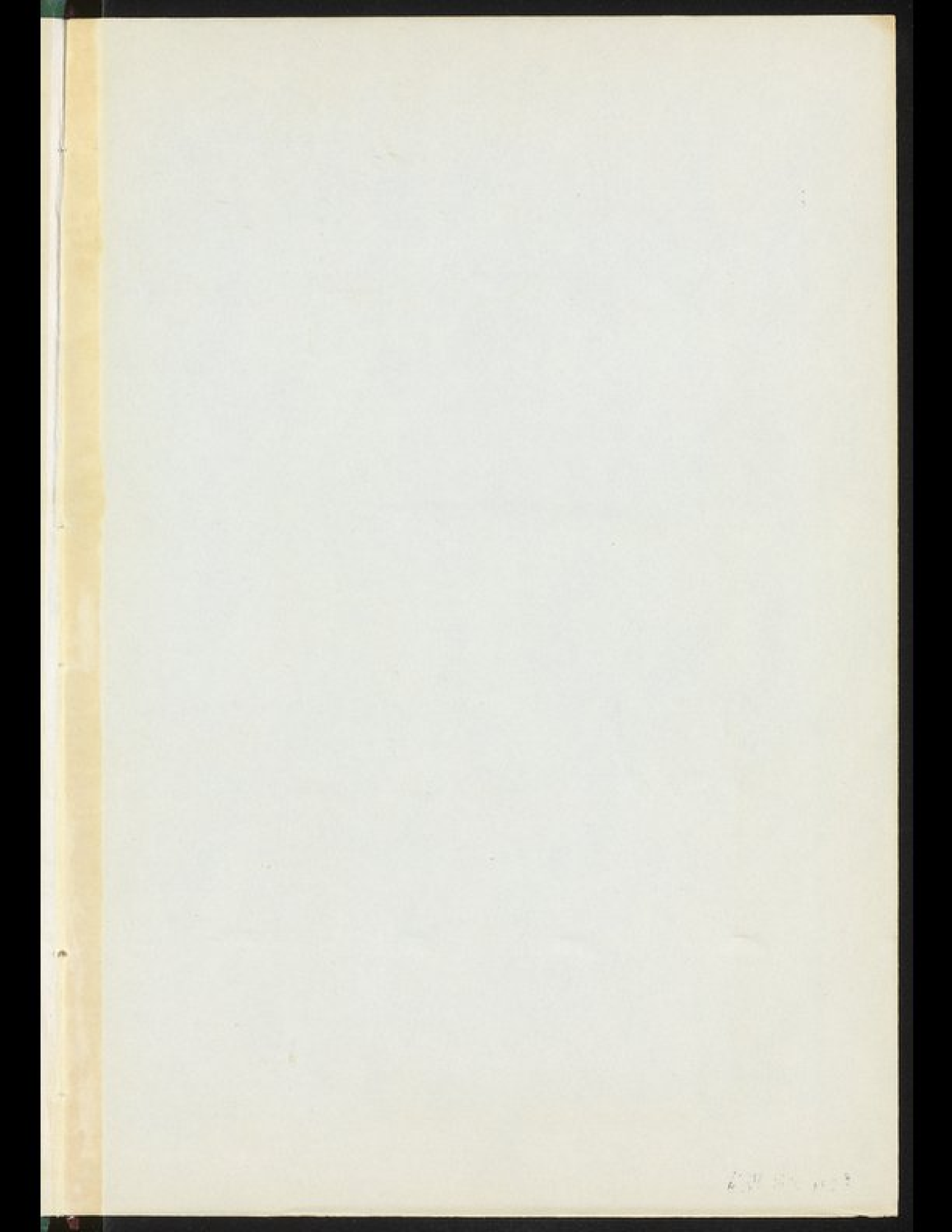
وتخص بالذكر منهم : الوجيه المحسن السيد حسن السيد حبيب الصراف - من وجوه تجار النجف الأشرف - فقد تبرع - أخيراً - بمبلغ (٦٠٠ ديناراً)

رصيداً للمسابقة الأولى التي أعلنتها (المكتبة) - قبل عدة أشهر - حول تأليف كتاب عن السيدة الزهراء - عليها السلام - والتي جنى الفكر الاسلامي من حصيلتها (١٥ كتاباً) حول الموضوع من قبل كتاب محترمين - داخل العراق وخارجه - جعله الله قدوة صالحة لغيره في مجالات الخير :

وتشكر الوجيه الأستاذ جعفر شعبان مدير معمل التوفيق - في النجف الاشرف - على تبرعه - أخيراً - بمبلغ (٣٠ دينار) لشؤون إيراد المكتبة والله ولي التوفيق :








COLUMBIA UNIVERSITY LIBRARIES
0036759279

